

Styrets plikter når selskapets økonomi svekkes

Herunder styrets handleplikt og plikten til å begjære oppbud

Kandidatnummer: 630

Leveringsfrist: 25.04.2013

Antall ord: 17118



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Oppgavens tema og problemstilling	1
1.2	Rettskilder	2
1.2.1	Lover.....	2
1.2.2	Forarbeider og etterarbeider	2
1.2.3	Rettsavgjørelser	3
1.2.4	Juridisk teori	4
1.3	Videre fremstilling	4
2	KRAVET TIL FORSVARLIG EGENKAPITAL	5
2.1	Innledning	5
2.2	Kravet som presisering av styrets forvaltnings og tilsynsplikt	6
2.3	Styrets kontroll med selskapets økonomiske stilling	9
2.4	Forsvarlighetsvurderingen	11
2.4.1	Innledning	11
2.4.2	Egenkapitalbegrepet	11
2.4.3	Reell verdi eller bokført verdi	12
2.4.4	Hva inngår i egenkapital ved forsvarlighetsvurderingen.....	13
2.4.5	Inngår likviditet som en del av forsvarlighetsvurderingen	16
2.4.6	Risiko og omfang.....	18
3	STYRETS HANDLEPLIKT ETTER ASL. § 3-5	20
3.1	Innledning	20
3.1.1	Bakgrunnen for en handleplikt med grunnlag i at egenkapitalen er mindre enn halvparten av aksjekapitalen	21
3.2	På hvilket tidspunkt inntreffer handleplikten.	22
3.3	Styrets plikt til å behandle saken	24

3.4	Forholdet til generalforsamlingen.....	26
3.4.1	Plikten til å innkalle generalforsamlingen og redegjørelsesplikten.....	26
3.4.2	Styrets plikt til å foreslå tiltak og kompetansen til å gjennomføre egne tiltak	28
3.4.3	Plikten til å foreslå selskapet oppløst og avviklet.....	30
4	STYRETS PLIKTER NÅR SELSKAPET ER INSOLVENT.....	31
4.1	Innledning	31
4.2	Styrets plikt til å begjære oppbud	33
4.3	Den straffesanksjonerte oppbudsplikten	34
4.4	Den erstatningssanksjonerte oppbudsplikten.....	37
4.4.1	Innledning.....	37
4.4.2	Når inntreer den erstatningssanksjonerte oppbudsplikten.....	38
4.5	Nærmere om fristen innen rimelig tid og styrets aktsomme forretningsmessige vurdering.....	39
4.6	Styrets tiltak som moment i den konkrete rimelig tid vurderingen	45
4.6.1	Innledning.....	45
4.6.2	Kapitaltilskudd fra eiere	45
4.6.3	Mulig oppkjøp eller fusjon	48
4.6.4	Kostnadsbesparende tiltak	49
4.7	Andre momenter i den konkrete rimelig tid vurderingen	51
4.7.1	Innledning.....	51
4.7.2	Selskapets tidligere økonomiske stilling	51
4.7.3	Selskapet økonomiske situasjon har stabilisert seg	53
4.7.4	Positive konjunkturer i markedet.....	54
5	FORHOLDET TIL SELSKAPETS KREDITORER.....	55
5.1	Innledning	55
5.2	Opplysningsplikt overfor kreditorer før selskapet er insolvent	56
5.3	Opplysningsplikt overfor kreditorer når selskapet er insolvent.....	59

6	AVSLUTTENDE MERKNADER.....	62
7	LITTERATURLISTE	64
8	LOV OG FORARBEID REGISTER.....	65
9	DOMSREGISTER.....	66

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Aksjeloven¹ inneholder en rekke bestemmelser som uttrykkelig legger oppgaver til styret. Det overordnede ansvarsområdet følger av asl. § 6-12 og asl. § 6-13, og innebærer en plikt for styret til å forvalte selskapet. Styrets forvaltningsansvar er ikke begrenset til det enkelte styremøtet. Styret må kontinuerlig forestå forvaltningen av selskapet.

At styret har ansvar for forvaltningen av selskapet innebærer at de har det øverste ansvar for hele selskapets virksomhet, både for spørsmål av forretningsmessig og administrativ art. Asl. § 6-12 og asl. § 6-13 inneholder videre regler som konkretiserer noen av de overordnede oppgaver som styret har, herunder å organisere virksomheten, legge planer og strategier, holde seg orientert om selskapets økonomi samt føre tilsyn med virksomheten.

Asl. § 6-12 1.ledd innebærer både en rett og plikt for styret til å forestå forvaltningen av selskapet.² Styrets kompetanse er negativt avgrenset av de bestemmelser som legger myndighet til de andre selskapsorganene, nedad daglig leder³ og oppad generalforsamlingen, eller bedriftsforsamlingen.

Oppgavens problemstilling er i hvilken grad og på hvilken måte styrets alminnelige plikter skjerpes, og styrets handlingsrom begrenses, dersom økonomien i selskapet svekkes. Videre vil oppgaven ta for seg hvordan styrets ansvar skjerpes ytterligere når selskapet er insol-

¹ Oppgaven tar utgangspunkt i styrets plikter etter lov av 13. juni nr 44 (aksjeloven). Reglene om styrets plikter etter lov av 13. juni 1997 nr. 45 (allmennaksjeloven) er identiske, og fremstillingen er aktuell også for allmennaksjeselskaper.

² Andenæs (2006) s. 378 flg.

³ Styret har også kompetanse til å utføre daglig leders oppgaver.

vent det vil si der selskapet både er i underbalanse og ute av stand til å betale løpende utgifter.

1.2 Rettskilder

1.2.1 Lover

Det rettslige utgangspunktet for oppgaven er lov av 13. juni 1997 nr. 44 aksjeloven (heretter asl.) En rekke spesiallover vil ha betydning sammen med aksjeloven ved klarlegging av styrets ansvarsområde i aksjeselskaper. For denne oppgaven er blant annet lov av 17. juli 1998 nr. 56 regnskapsloven (heretter regnskl.), lov av 8. juni 1984 nr. 58 konkursloven (heretter kkl.) og lov av 22. mai 1902 nr. 10 straffeloven (heretter strl.), relevant.

1.2.2 Forarbeider og etterarbeider

Forarbeidene til de aktuelle lover vil bidra til å kaste lys over innholdet og betydningen av bestemmelsenes ordlyd. Særlig betydning får forarbeidene da flere av bestemmelsene som vil bli behandlet inneholder rettslige standarder, som for eksempel asl. § 3-4 som oppstiller et krav til ”forsvarlig” egenkapital. Bestemmelsens ordlyd gir liten anvisning på hva som ligger i begrepet ”forsvarlig”, og lovgivers uttalelser i forarbeidene vil kunne bidra med mer objektive holdepunkter for skjønnsutøvelsen.

Aksjeloven og allmennaksjeloven har to sett med forarbeider. Bakgrunnen for dette er at Odelstinget sendte det første lovforslaget tilbake til regjeringen da Odelstinget ønsket to separate lover, en for aksjeselskaper og en for allmennaksjeselskaper. Dersom det er motstrid mellom de to settene med forarbeider, vil forarbeidet til det vedtatte lovutkastet gå foran.⁴ Forarbeidene til det første lovutkastet er ikke et forarbeid til den vedtatte loven i snever forstand. De første forarbeidene er imidlertid mer omfattende enn forarbeidene til

⁴ Andenæs (2006) s. 6

det vedtatte lovutkastet, og i det andre lovutkastet ble det forutsatt at man la til grunn tolkninger som fremkom av uttalelser i det første settet med forarbeider. Dette taler for også å tillegge uttalelser fra forarbeidene til det første lovutkastet vekt. Rettskildemessig er det antakeligvis liten forskjell på om uttalelsen står i det første eller andre settet med forarbeider.⁵

Etterarbeider til loven kan også bidra til å kaste lys over bestemmelsens ordlyd. I Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) ble det blant annet drøftet hvorvidt asl. § 3-4 og asl. § 3-5 skulle endres. Justisdepartementet kom til at ordlyden i bestemmelsene skulle beholdes, og proposisjonen er derfor et etterarbeid. Etterarbeidene har ikke den samme rettskildemessige vekten som forarbeidene til loven, men etterarbeidene inneholder uttalelser som sammen med andre rettskilder vil være med på å presisere innholdet av asl. § 3-4 og asl. § 3-5.

1.2.3 Rettsavgjørelser

En rekke av de oppgavene styret er tillagt innebærer at styret må treffe forretningsmessige avgjørelser. Det karakteristiske for slike avgjørelser er at de er sterkt skjønnspregede, og tap som oppstår på grunn av feilvurderinger er utslag av en forretningsmessig risiko, som eierne i stor utstrekning må sies å ha akseptert.⁶ Flere rettsavgjørelser på området for styreansvar viser at domstolene er tilbakeholdene med å overprøve styrets forretningsmessige avgjørelser.⁷

Hvorvidt selskapet har en forsvarlig egenkapital, og dersom selskapet ikke har en forsvarlig egenkapital hvilke tiltak styret må iverksette for at selskapet igjen får en forsvarlig egenkapital, er avgjørelser som styret i utgangspunktet er bedre egnet til å ta der og da, enn retten

⁵ Andenæs (2006) s. 6

⁶ Aarum (1993) s. 305.

⁷ Rt.1991 s. 119, LA. 2007-37537.

er til å vurdere i ettertid. Det samme gjelder spørsmålet om når styret har en plikt til å begjære oppbud.

Selv om retten er forsiktig med å overprøve styrets beslutning, vil en rettsavgjørelse med spørsmål om styrets ansvar, inneholde en rekke argumenter og prinsipielle uttalelser av betydning. For eksempel hva som ligger i begrepet "egenkapital" i asl. § 3-4, og hvor lenge styret kan utsette en oppbudsbegjæring, når selskapet er insolvent.

I oppgaven vil jeg ta for meg en rekke lagmannsrettsdommer. Dommene fra lagmannsretten har ikke den samme rettskildemessige vekt som en Høyesterettsdom, men dommene inneholder en rekke argumenter som sammen med andre rettskilder vil støtte opp under et resultat.

1.2.4 Juridisk teori

Som nevnt inneholder flere av lovbestemmelsene som vil bli behandlet rettslige standarder, og domstolene er forsiktige med å overprøve styrets forretningsmessige avgjørelser. Juridisk teori er derfor en rettskilde av stor betydning, som bidrar med støtteargumenter for de rettslige spørsmålene i oppgaven.

1.3 Videre fremstilling

En viktig del av styrets forvaltningsansvar er å påse at selskapet til enhver tid har en forsvarlig egenkapital jfr. asl. § 3-4. Selskapets egenkapital vil være et tegn på hvordan økonomien i selskapet er, og avgjørende for hvorvidt økonomien er slik at styrets alminnelige forvaltningsplikter skjerpes etter asl. § 3-5. Kravet om forsvarlig egenkapital vil bli behandlet i oppgavens punkt 2, herunder hva som ligger i kravet (punkt 2.2 og punkt 2.3), og hvordan styret skal foreta forsvarlighetsvurderingen (punkt 2.4).

I oppgavens punkt 3 vil jeg behandle styrets handleplikt etter asl. § 3-5, for det første når plikten inntreffer (punkt 3.2.), og for det andre hva plikten innebærer (punkt 3.3 og punkt 3.4).

Punkt 4 av oppgaven omhandler styrets plikter når selskapet er insolvent. I oppgavens punkt 4.2, 4.3, 4.4 og 4.5 vil jeg behandle spørsmålet om når styret får en plikt til å begjære oppbud, herunder på hvilket tidspunkt styret får et straffeansvar for manglende oppbudsbe-
gjæring, og på hvilket tidspunkt styret får et erstatningsansvar for manglende oppbudsbe-
gjæring. I punkt 4.6 og 4.7 vil jeg se på hvilke momenter som kan begrunne at styret utset-
ter å begjære oppbud.

I punkt 5 vil jeg behandle spørsmålet om hvorvidt styret har en opplysningsplikt overfor selskapets kreditorer. For det første om styret må opplyse kreditorer om at økonomien er slik at styret har en handleplikt jfr asl. § 3-5 (punkt 5.2), og for det andre hvorvidt styret må opplyse selskapets kreditorer om at selskapet er insolvent (punkt 5.3).

2 Kravet til forsvarlig egenkapital

2.1 Innledning

Asl. § 3-4 lyder:

”Selskapet skal til enhver tid ha en egenkapital som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet.”

I forarbeidene til bestemmelsen heter det at:

”Det begrensede ansvar i aksjeselskaper innebærer at det må fastsettes regler som ivaretar kreditorenes interesser...”⁸

⁸ NOU 1992:29 s. 37.

Når økonomien er solid og egenkapitalen i selskapet bygger seg opp vil kravet til forsvarlig egenkapital først og fremst være av betydning for aksjonærene.⁹ Kravet vil blant annet komme til anvendelse som begrensning på hva som kan utdeles i utbytte etter asl. § 8-1, slik at egenkapitalen må være forsvarlig også etter at utbytte er utdelt. Så lenge økonomien er solid vil ikke kreditorenes posisjon være truet, da kreditorene vil kunne få dekket sine krav gjennom realisasjon av selskapets eiendeler.

Dersom egenkapitalen i selskapet ikke lenger bygger seg opp vil det kunne oppstå interessekonflikter mellom selskapets aksjonærer og dets øvrige kreditorer. Aksjonærene kan f.eks. ønske å fortsette driften, eller også utvide den, mens kreditorene er interessert i å minimere et potensielt tap ved å oppløse virksomheten.¹⁰ Som følge av ansvarsbegrensningen i aksjeloven vil aksjonærene i mindre grad ha interesse i å verne om kreditorenes interesser, enn de for eksempel vil ha i ansvarlige selskaper der deltakerne er personlig ansvarlig for kreditorenes krav. Kravet til forsvarlig egenkapital vil bidra til å beskytte kreditorenes interesser, for eksempel slik at driften i selskapet ikke kan utvides, uten at selskapet tilføres ny egenkapital.

Bestemmelsen er ment å ha en preventiv funksjon, og har som formål å hindre at selskapet kommer i en situasjon hvor egenkapitalen ikke lenger er forsvarlig, slik at styret må gripe inn, eller at økonomien forverres ytterligere slik at styret får en plikt til å begjære oppbud.¹¹

2.2 Kravet som presisering av styrets forvaltnings og tilsynsplikt

Ordlyden i asl. § 3-4 angir ikke uttrykkelig hvem som er ansvarlig for å holde egenkapitalen på et forsvarlig nivå. Det følger imidlertid av lovens system, herunder asl. § 3-5 og styrets forvaltnings- og tilsynsplikt, jfr. asl. § 6-12 og asl. § 6-13, at ansvaret etter asl. § 3-4

⁹ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 29.

¹⁰ Ot. prp. Nr. 23 (1996-1997) s. 29.

¹¹ NOU 1996:3 s. 146.

påligger styret. Det enkelte styremedlem har et individuelt ansvar for å sørge for at egenkapitalen i selskapet er forsvarlig.¹²

Aksjeloven av 1976 (heretter asl. 1976) inneholdt ingen bestemmelse som stilte krav til egenkapitalens størrelse. Man hadde i asl. 1976 mekanismer for handleplikt dersom selskapets egenkapital sank i forhold til selskapets aksjekapital. En av disse reglene var en plikt for styret til å sørge for at det ble holdt generalforsamling dersom egenkapitalen ble lavere enn halvparten av aksjekapitalen jfr. asl. 1976 § 9-6a. Hvilke tiltak som deretter skulle treffes var etter asl. 1976 opp til generalforsamlingen å bestemme.

Uttalelser i forarbeidene til asl. § 3-4 viser imidlertid at det også etter den gamle loven gjaldt et krav om at egenkapitalen i selskapet skulle være forsvarlig. Lovgiver uttalte at bestemmelsen skulle oppfordre styret til å føre kontroll med egenkapitalen og uttalte videre at: ”...*En plikt til å foreta slike vurderinger ligger for så vidt innebygget i hele systemet.*”¹³ Videre viser uttalelser i Rt. 1996 s. 672 Kongeparken-dommen, at det også før aksjeloven av 1997 gjaldt et krav til selskapets egenkapital. Høyesterett uttalte på s. 680 at: ”*Aksjekapitalen i selskapet var på 50.000 kroner. Som eneste egenkapital ville dette åpenbart vært utilstrekkelig.*”¹⁴ Uttalelsen forutsetter at det også før asl. § 3-4 kunne oppstilles et krav om at selskapet måtte ha høyere egenkapital, enn minstekravet til aksjekapital etter loven.

Et krav om forsvarlig egenkapital fulgte altså før vedtakelsen av asl. § 3-4 og asl. § 3-5 allerede av systemet i asl. 1976. I dagens lov ville kravet til forsvarlig egenkapital i aksjeselskaper ha fulgt av styrets forvaltnings- og tilsynsplikt jfr. asl. § 6-12 og asl. § 6-13. Asl. § 6-12 3. ledd presiserer at en del av styrets forvaltningsplikt er å holde seg orientert om selskapets økonomiske stilling. Sammen innebærer asl. § 6-12 og asl. § 6-13 et krav til en

¹² Andenæs (2006) s. 654.

¹³ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 68.

¹⁴ Rt.1996 s.672, s. 680

forsvarlig drift av selskapet. Styrets plikt til å opprettholde en forsvarlig egenkapital i selskapet ville uavhengig av asl. § 3-4 ha fulgt av den alminnelige plikten styret har til å forvalte selskapet på en forsvarlig måte.

Det kan stilles spørsmål ved om lovfestingen av kravet til forsvarlig egenkapital sammenholdt med de konkrete plikter som pålegges styret etter asl. § 3-5, gir styret et strengere ansvar enn det som allerede følger av styrets alminnelige forvaltnings og tilsynsplikter.

I forarbeidene til aksjeloven ble det pekt på et økende antall konkurser i aksjeselskaper i årene mellom 1990 og 1991, og videre til at mange aksjeselskaper drev med lav egenkapitalandel.¹⁵ Forarbeidene pekte på et behov for strengere regler for å avhjelpe situasjonen,¹⁶ og lovgiver uttalte at:

”Det kanskje viktigste er at en slik rettslig standard gir selskapets ledelse en påminnelse og en oppfordring til å foreta fortløpende vurderinger av selskapets økonomiske stilling, og til å iverksette nødvendige tiltak. En plikt til å foreta slike vurderinger ligger for så vidt innebygget i hele systemet, men det har etter departementets syn en egenverdi at kravet fremgår uttrykkelig av loven.”¹⁷

Et lovfestet krav skulle altså bidra til å øke styrets bevissthet om deres plikt til å holde egenkapitalen på et forsvarlig nivå. Selv om et lovfestet krav ikke endret det materielle innholdet i styrets plikter, var lovgiver av den oppfatning at en lovfestet og konkret plikt til å holde selskapets egenkapital på et forsvarlig nivå ville gjøre det enklere å holde styret ansvarlig, som følge av at styret ikke har utført sine plikter på en forsvarlig måte.¹⁸ Lovgi-

¹⁵ NOU 1992:29 s. 37.

¹⁶ NOU 1992:29 s. 38.

¹⁷ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 68.

¹⁸ NOU 1992:29 s. 39, Ot. prp. nr. 23 (1996-1997) s. 51.

ver mente altså at innføringen av asl. § 3-4 skulle innebære en reell skjerpelse av styreansvaret.

Ved at forvaltningsplikten konkretiseres i asl. § 3-4 og asl. § 3-5, og pålegger styret en handle- og aktivitetsplikt, kan styremedlemmer ha blitt mer bevisst sitt ansvar til å sørge for at egenkapitalen er forsvarlig. Et fokus på styrets ansvar kan ha gjort det lettere å vinne frem med et erstatningskrav rettet mots styret for brudd på kravet til forsvarlig egenkapital, og dermed skjerpet ansvaret.¹⁹

2.3 Styrets kontroll med selskapets økonomiske stilling

Styret har en plikt til å holde seg orientert om selskapets økonomi jfr. asl. § 6-12 3. ledd. At styret fører kontroll med selskapets økonomiske stilling er en forutsetning for at de skal kunne overholde kravet til forsvarlig egenkapital, og handlingsplikten som følger av asl. § 3-5.

Det følger av ordlyden i asl. § 3-4 at selskapets egenkapital skal være forsvarlig til ”enhver tid.” På tross av ordlyden i asl. § 3-4 kan det imidlertid ikke forventes at styret til enhver tid fører kontroll med egenkapitalen i selskapet. Dersom egenkapitalen er tilfredsstillende etter siste årsregnskap, vil det i utgangspunktet ikke være nødvendig med hyppige kontroller.²⁰ Annerledes blir det imidlertid dersom selskapet er i en vanskelig økonomisk situasjon, eller det inntreffer hendelser som må antas å kunne virke inn på egenkapitalen i selskapet. I slike situasjoner kreves det at styret innhenter informasjon og overvåker egenkapitalen mer inngående.²¹

¹⁹ Perland (1999) s. 141.

²⁰ Ot.prp. nr. 23(1996-1997) s. 55.

²¹ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 55.

Overholdelse av tilsynsplikten, herunder kontrollen med selskapets økonomi, forutsetter at styret har tilgang på den informasjon som er nødvendig. Det følger av asl. § 6-15 1. ledd at daglig leder regelmessig skal informere styret om selskapets virksomhet, stilling og resultater.

Styret kan imidlertid ikke vente på å bli informert etter § 6-15 1. ledd, men skal selv aktivt innhente den informasjon de trenger for å overholde sine plikter.²² Det følger av asl. § 6-15 4. ledd at styret i utgangspunktet skal ha tilgang til alle opplysninger, og all den informasjon styret trenger for å utføre sine forvaltningsoppgaver. Både styret og det enkelte styremedlem kan kreve at undersøkelser iverksettes. Det enkelte styremedlems rett til å kreve iverksatt undersøkelser kom inn med aksjeloven av 1997, og er i forarbeidene begrunnet med at enkelte styremedlemmer kan sitte på mer informasjon enn andre.²³ Videre er det enkelte styremedlem selv ansvarlig for at de forstår den informasjonen de er gitt, og dermed er innforstått med selskapets økonomiske situasjon.²⁴

I LG-2007-21395 var styremedlemmer i Bømmeløy Hotelldrift AS saksøkt av selskapets konkursbo for å ha drevet selskapet med store underskudd, også etter at egenkapitalen var tapt. Styremedlemmene anførte blant annet at rapporteringen fra økonomiansvarlig var uforståelig. Gulating lagmannsrett uttalte at:

“Lagmannsretten skal i denne forbindelse særskilt bemerke at selv om omsetningen på dette tidspunkt var økende, lå den fortsatt langt under det selskapet selv hadde budsjettert med. Og om styrets medlemmer, slik de ankende parter har forklart, hadde vanskelig for å skaffe seg oversikt over selskapets økonomi fordi Wichmann Haldorsen ikke la fram materialet i en form de forstod, endrer ikke dette. Den øko-

²² Bråthen (online rettsdata) note1062, se LA-2007-37537.

²³ NOU 1996:3 s. 137.

²⁴ Granden, Solstad (1998) s. 36. LG-1993-1135.

nomiske utvikling i selskapet hadde vært bekymringsfull i lang tid, og om styremedlemmene i en så kritisk fase ikke fikk rapporter i en form de opplevde som forståelig, kan de ikke høres med at de forgjeves tok dette opp med ham. I den grad de selv ikke var i stand til å ta ut de nødvendige tall fra regnskapssystemet, måtte dette søkes gjort på annen måte, jf. kravene i aksjeloven § 6-12 tredje ledd.”²⁵

Styrets medlemmer ble ikke hørt med sine anførsler om at styrets økonomiansvarlig la frem den økonomiske situasjonen på en måte som de øvrige styremedlemmene hadde vanskelig for å forstå. Styremedlemmene ble dømt til å erstatte forringelsen av selskapets økonomiske stilling fra tidspunktet hvor oppbud burde vært begjært, og frem til oppbud faktisk ble begjært. Dommen støtter opp under synspunktene i juridisk teori om at det enkelte styremedlem selv er ansvarlig for å føre kontroll med selskapets økonomi, og at det forutsettes at styremedlemmene forstår informasjonen de blir forelagt.

2.4 Forsvarlighetsvurderingen

2.4.1 Innledning

Etter asl. § 3-4 skal selskapet til enhver tid ha en egenkapital som er forsvarlig. Bestemmelsens ordlyd sier ikke noe om hva som ligger i at egenkapitalen skal være ”forsvarlig”, men legger opp til en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering.²⁶

2.4.2 Egenkapitalbegrepet

Aksjeloven inneholder ingen definisjon av begrepet egenkapital. Egenkapitalen i et aksjeselskap er den del av kapitalen i selskapet som tilhører aksjonærene.²⁷ Selskapets egenkapi-

²⁵ LG-2007-21395.

²⁶ Andenæs (2006) s. 419.

²⁷ Gisle (2002) s. 64.

tal utgjør differansen mellom selskapets eiendeler og gjeld, og differansen sier noe om hvordan virksomheten er finansiert. Egenkapital kan inndeles i innskutt egenkapital og opptjent egenkapital, jfr. regnskl. § 6-2 C nr. I og nr. II.

Innskutt egenkapital er aksjekapital jfr. nr. 2 og overkursfond jfr. nr. 3. ”Annen innskutt egenkapital” i nr. 3, kan for eksempel være konsernbidrag.²⁸ Aksjekapitalen utgjør summen av selskapets aksjer multiplisert med aksjenes pålydende. Dersom det er 100 aksjer i selskapet, og hver aksje er pålydende NOK 1 000,- vil aksjekapitalen utgjøre NOK 100 000,-. Dersom aksjene tegnes for et høyere beløp enn pålydende vil den overskytende delen utgjøre overkurs, og bokføres som overkursfond. Dersom det i eksempelet over betales NOK 1 500,- per aksje, vil NOK 50 000,- utgjøre overkursfond.

Opptjent egenkapital vil blant annet være tidligere års overskudd, som ikke er utdelt av selskapet.

2.4.3 Reell verdi eller bokført verdi

Ordlyden i asl. § 3-4 gir ikke svar på hvorvidt ”egenkapital” betyr selskapets bokførte egenkapital, eller den reelle egenkapital. Det følger imidlertid av forarbeidene at det er den reelle egenkapital som skal legges til grunn.²⁹ Dette innebærer at både selskapets eiendeler og selskapets forpliktelser skal verdsettes til virkelig verdi.

Den virkelige verdi legges til grunn for å unngå at kravet til forsvarlig egenkapital kommer til anvendelse på selskap som etter balansen har en svak egenkapital, men som i realiteten er kapitalsterke.³⁰ Når man ser hen til selskapets bokførte egenkapital vil selskaper som etter balansen har en sterk egenkapital, men som i realiteten har en svak egenkapital, også

²⁸ Schwencke, (online rettsdata) note 348.

²⁹ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 52. I motsetning til i utbyttereguleringen i kapittel 8.

³⁰ Løvdal (2003) s. 7.

rammes av asl. § 3-5. Dersom styret mener selskapet har et reelt kapitalgrunnlag som er høyere enn det bokførte, må det ha grunnlag i en forsvarlig vurdering.³¹

Vurderingen av egenkapitalens størrelse må gjøres med utgangspunkt i at selskapet skal fortsette driften, med mindre det er helt klare holdepunkter for at man vil komme til å avvikle driften jfr. regnskl. § 4-5.³² Dersom forutsetningen om fortsatt drift ikke kan legges til grunn vil verdsettelsen av eiendelene normalt bli lavere.³³

2.4.4 Hva inngår i egenkapital ved forsvarlighetsvurderingen

Etter ordlyden i asl. § 3-4 er det "egenkapitalen" som til enhver tid skal være forsvarlig. Ordlyden tyder på at det ved forsvarlighetsvurderingen ikke skal tas hensyn til selskapets fremmedkapital. Det følger imidlertid av forarbeidene at det ved forsvarlighetsvurderingen skal foretas *"en helhetlig vurdering av selskapets samlede kapitalgrunnlag, og ikke bare egenkapitalen."*³⁴ Kapitalgrunnlaget i selskapet kan bestå av både egenkapital og fremmedkapital, der fremmedkapitalen er selskapets gjeld.³⁵

I forslag til endring av aksjeloven ble det vist til at det i praksis var en viss usikkerhet rundt hvorvidt man skulle se hen til egenkapitalen isolert sett, eller hvorvidt man skulle foreta en bredere vurdering av selskapets kapitalgrunnlag.³⁶ I forslaget gjentok Justisdepartementet uttalelsene fra forarbeidene og viste til at skal foretas *"en helhetsvurdering av selskapets samlede økonomiske stilling."*³⁷ Hvorvidt loven brukte ordet egenkapital eller det videre

³¹ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 52.

³² Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) pkt.. 5.9.4 s. 52.

³³ Schwencke (online rettsdata) note 229.

³⁴ Ot.prp. nr 23 (1996-1997) s. 52

³⁵ Andenæs (2006) s. 417.

³⁶ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 20.

³⁷ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 20.

begrepet kapitalgrunnlag, ville etter departementets mening være av liten betydning da vurderingen ville være den samme.

Et eksempel på at den økonomiske stillingen i selskapet er bedre enn egenkapitalen isolert sett skulle tilsi, er dersom selskapet har ansvarlige lån.³⁸ Ansvarlig lån er lån der kreditor har akseptert å stå tilbake for andre kreditorer. Slike lån havner i en mellomstusjasjon da de verken er egenkapital eller gjeld.

Det avgjørende ved spørsmålet om et ansvarlig lån skal klassifiseres som egenkapital eller som gjeld, vil være en vurdering av hvorvidt kapitalen ligner mest på gjeld eller egenkapital.³⁹ Hvordan partene selv har klassifisert lånet vil ikke være avgjørende, det er det reelle innholdet i avtalen som må vurderes.⁴⁰ Momenter i vurderingen vil blant annet være avtalens tilbakebetalingsregulering, herunder hvorvidt lånet skal tilbakebetales ved avvikling eller ved mislighold, samt lånets prioritet.⁴¹

Formålet med asl. § 3-4 er å verne kreditorene.⁴² Dersom selskapet har gjeld som bedrer kapitalgrunnlaget, og som samtidig ikke svekker kreditorenes dekningsmuligheter, er det rimelig å regne slik gjeld som en del av egenkapitalen etter asl. § 3-4. Har kreditor akseptert å stå tilbake for andre kreditorer, har han ikke det samme krav på beskyttelse, i og med at han har akseptert en større risiko.

³⁸ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 50.

³⁹ Løvdal (2003) s 92, Rt.2001 s.851, s.863.

⁴⁰ Rt.2001 s.851, s. 865.

⁴¹ Løvdal (2003) s. 22..

⁴² Ot.prp. nr 23 (1996-1997) s. 50

Et eksempel på at et ansvarlig lån fikk betydning for vurderingen av om egenkapitalen var forsvarlig, finner vi i Kongeparken-dommen.⁴³ Kongeparken AS gikk konkurs, og boet ga ingen dividende til usikrede kreditorer. Det ble reist søksmål fra en kreditor, og spørsmålet var hvorvidt det var rom for ansvarsgjennombrudd overfor aksjonærene i morselskapet Park Holding AS. Et moment i denne vurderingen var hvorvidt Kongeparken AS hadde vært underkapitalisert. Retten uttalte at egenkapitalen i seg selv ikke var tilstrekkelig til at selskapet hadde en forsvarlig egenkapital. Det var imidlertid ytt et betydelig lånebeløp fra Park Holding AS som etter rettens oppfatning måtte klassifiseres som ansvarlig lånekapital, blant annet sett hen til det avtalte tidspunkt for tilbakebetaling. Retten uttalte at *”ved spørsmålet om underkapitalisering- om egenkapitalgrunnlaget var uforsvarlig lavt – må det være riktig å medregne slike lån.”*⁴⁴ Høyesterett kom etter dette til at Kongeparken AS ikke var underkapitalisert, og at det ikke var rom for ansvarsgjennombrudd overfor aksjonærene.

Det kan også tenkes andre finansielle forhold som medfører at kapitalgrunnlaget er bedre enn egenkapitalen isolert sett skulle tilsi. Virksomheten kan ha en gunstig langsiktig finansiering med rentefrie, eller avdragsfrie lån. Et annet eksempel kan være at et morselskap av forretningsmessige grunner ikke vil la datterselskapet gå konkurs, og man kan forvente ny tilførsel av egenkapital, dersom datterselskapet skulle komme i en slik situasjon.⁴⁵

Videre finnes det forhold som medfører at selskapets kapitalgrunnlag er dårligere enn egenkapitalen isolert sett gir uttrykk for. Det kan være at selskapet har forpliktelser som ikke fremgår av balansen, som for eksempel kausjonsansvar og andre garantiforpliktelser.⁴⁶

⁴³ Rt. 1996 s. 672

⁴⁴ Rt. 1996 s.672, s. 680.

⁴⁵ Bråthen(2006) s. 99.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 50.

Slike forpliktelser vil også inngå i den helhetlige vurderingen av selskapets kapitalgrunnlag ved spørsmålet om hvorvidt selskapet har en forsvarlig egenkapital.

2.4.5 Inngår likviditet som en del av forsvarlighetsvurderingen

Likviditet er forholdet mellom omløpsmidler, det vil si kontanter, bankinnskudd eller andre eiendeler som raskt kan gjøres om i penger, og kortsiktig gjeld, det vil si forpliktelser som må gjøres opp innen kort tid.⁴⁷ Selskapets likviditet gir uttrykk for dets evne til å gjøre opp sine forpliktelser etter hvert som de forfaller.⁴⁸

Som nevnt i punkt 2.4.4 skal selskapets samlede kapitalgrunnlag legges til grunn for vurderingen av hvorvidt egenkapitalen er forsvarlig eller ikke. Spørsmålet er hvorvidt det i denne vurderingen også må tas hensyn til selskapets likviditet. Spørsmålet kommer på spissen der egenkapitalen er forsvarlig, men selskapet har dårlig likviditet, og motsatt i de tilfeller egenkapitalen ikke kan anses å være forsvarlig, men hvor selskapets likviditet er god, og selskapet er i stand til å betale utgifter etter hvert som de forfaller. Inngår likviditet som en del av vurderingen av det samlede kapitalgrunnlag vil selskapets likviditet få betydning for spørsmålet om hvorvidt egenkapitalen er slik at styret har en handleplikt etter asl. § 3-5.

Ordlyden i bestemmelsen tilsier at selskapets likviditet ikke inngår som en del av forsvarlighetsvurderingen. Det er etter ordlyden kun oppstilt et krav om at egenkapitalen må være forsvarlig, ikke også et krav om at selskapets egenkapital må være lett tilgjengelig. Andenæs er av den oppfatning at likviditet faller utenfor begrepet ”egenkapital” i asl. § 3-4.⁴⁹

⁴⁷ Kinserdal (2008) s. 216.

⁴⁸ Gisle (2002) s. 173

⁴⁹ Andenæs (2006) s. 419. Andenæs mener at styrets plikt til å sørge for en forsvarlig likviditet i selskapet følger av styrets forvaltningsplikter i asl. § 6-12, men ikke er en del av vurderingen etter asl. § 3-4. Skillet får betydning for inntreden av handleplikten etter asl. § 3-5.

Bråthen er uenig med Andenæs, og gir uttrykk for at ”*selskapets likviditet og kontantstrømmer står helt sentralt ved vurderingen.*”⁵⁰ Som eksempel nevner Bråthen at egenkapitalen tilsynelatende er lav, men at selskapet forventer å selge varer og tjenester som igjen vil føre til bedre likviditet i selskapet.⁵¹ Også Veiberg Braaten og Løvdal mener likviditetsvurderingen er sentral for spørsmålet om hvorvidt selskapet har en forsvarlig egenkapital.⁵²

I forarbeidene til asl. § 3-4 er det ikke klart uttalt hvorvidt likviditet er en del av vurderingen av om selskapets egenkapital er forsvarlig. En naturlig tolkning av uttalelsene i forarbeidene om at det skal foretas ”*en helhetsvurdering av selskapets samlede økonomiske stilling,*”⁵³ trekker i retning av at likviditet skal inngå som en del av forsvarlighetsvurderingen.⁵⁴ Et selskapet som tilsynelatende har et forsvarlig kapitalgrunnlag vil komme i store problemer dersom det ikke klarer å betale sine løpende utgifter. Dersom et selskap er betalingsudyktig og insuffisient, så er selskapet insolvent jfr. kkl. § 61. Dersom selskapet oppfyller sine forpliktelser etter hvert som de forfaller vil selskapet således ikke gå konkurs.⁵⁵ Et selskap som tilsynelatende har et uforsvarlig kapitalgrunnlag vil kunne drive videre dersom de klarer å oppfylle sine forpliktelser fortløpende. Selskapets likviditet vil være av stor betydning for selskapets samlede økonomiske stilling.

Den 5. april 2013 foreslo Justis- og beredskapsdepartementet proposisjon 111 L (2012-2013) med forslag til endringer i aksjeloven. Blant annet foreslås asl. § 3-4 endret til:

⁵⁰ Bråthen (2006) s. 99.

⁵¹ Bråthen (2006) s. 99.

⁵² Braathen (2011) s. 33, Løvdal (2003) s. 496.

⁵³ Ot.prp nr. 55 (2005-2006) s. 20.

⁵⁴ Se Braaten (2011) s. 19.

⁵⁵ Se punkt 4.2.1.

"Selskapet skal til enhver tid ha en egenkapital og en likviditet som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet."⁵⁶

I proposisjonen viser departementet til at det er ulike oppfatning av om likviditet inngår i forsvarlighetsvurderingen etter asl. § 3-4. At likviditet foreslås inntatt som en uttrykkelig del av asl. § 3-4 synes begrunnet i et ønske om å tydeliggjøre styrets ansvar for likviditeten i selskapet. Departementet konkluderer ikke med om likviditet er en del av forsvarlighetsvurderingen etter asl. § 3-4, men uttaler at endringen først og fremst vil ha pedagogisk betydning.

Konklusjonen må etter min mening være at det i vurderingen av hvorvidt selskapets egenkapital er forsvarlig, også må tas hensyn til selskapets likviditet. Dersom det samlede kapitalgrunnlaget er forsvarlig, men likviditeten er dårlig, vil det kunne være uforsvarlig. Motsatt kan det være forsvarlig at selskapet har et lavt kapitalgrunnlag, dersom selskapet har en god likviditet.

2.4.6 Risiko og omfang

Det følger av ordlyden i asl. § 3-5 at det skal legges vekt på virksomhetens omfang og risiko ved vurderingen av hvorvidt egenkapitalen er forsvarlig. Virksomhetens risiko og omfang må sees i sammenheng for å avgjøre hvorvidt egenkapitalen er forsvarlig.⁵⁷ Dersom selskapet driver risikoeksponert virksomhet vil det stille høyere krav til selskapets kapitalgrunnlag. Risikoutsatt virksomhet er i forarbeidene og juridisk teori omtalt som virksomhet som er utsatt for større svingninger i markedet.⁵⁸

⁵⁶ Prop. 111 L (2012-2013) s. 129

⁵⁷ Bråthen (online, rettsdata) note 274.

⁵⁸ NOU 1996:3 s 102, Ot.prp. nr. 23(1996-1997) s. 50, Bråthen (2006) s. 100.

At virksomheten er risikoeksponert kan skyldes flere forhold. Det kan være at selskapet er avhengig av prissetting, som for eksempel ved salg av råvarer. Dersom virksomheten driver på oppdrag, er selskapet avhengig av å tildeles oppdrag, for eksempel en entreprenør som driver på anbud. Videre kan det være at selskapets inntekter er avhengig av sesong, eller værforhold. Eksempelvis vil en restaurant som driver uteservering være mer risikoutsatt enn en restaurant med servering inne, og et skianlegg vil være avhengig av gode snøforhold i påsken og vinterferien, for å få gode resultater.

Det vil videre være større risiko forbundet med å drive virksomhet der sjansen for skade er større, og dermed også sjansen for å måtte dekke erstatningskrav. Et eksempel er oljeutvinning i Nordsjøen. Sjansen for at det skjer en ulykke, eller andre hendelser som kan føre til erstatningskrav og tap for bedriften, er større enn for andre typer virksomhet, og kravet til egenkapital må dermed skjerpes. Det må imidlertid også tas hensyn til selskapets forsikringsdekning,⁵⁹ er den god vil en hendelse som utløser erstatningskrav ha mindre innvirkning på selskapets økonomi. Risikoen vil dermed bli lavere og kravet til egenkapitalen blir mindre strengt.

Videre vil omfanget av virksomheten ha betydning ved vurderingen av om egenkapitalen er forsvarlig. Kravet til egenkapital for et selskap som driver en skobutikk vil sannsynligvis være lavere enn for et selskap som driver ti skobutikker. Dersom selskapet utvider virksomheten må styret vurdere hvorvidt det kan skje ved lånekapital, eller hvorvidt det er nødvendig å tilføre ny egenkapital i selskapet.⁶⁰

Hvorvidt selskapet har drevet virksomhet i lang tid, eller om det er i en oppstarts- eller ekspansjonsfase, vil være av betydning for å avgjøre hvorvidt egenkapitalen er forsvarlig.⁶¹ I

⁵⁹ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 52.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 23(1996-1997) s. 50.

⁶¹ NOU 1996:3 s. 146, Bråthen (2006) s. 100.

en oppstartfase vil selskapet kunne ha høye etableringskostnader og markedsføringskostnader, og driften vil ofte gå med underskudd. At det for nyetablerte selskaper påløper engangs- eller etableringskostnader taler for at når det gjelder en nyetablert virksomhet kan det godtas et svakere økonomisk grunnlag, enn for virksomheter som har vært drevet over lengre tid.⁶² Avgjørende for hvorvidt egenkapitalen kan anses å være forsvarlig i denne fasen vil bero på hvorvidt selskapets planer og budsjetter er forsvarlige, og blir overholdt.

⁶³

3 Styrets handleplikt etter asl. § 3-5

3.1 Innledning

Asl. § 3-5 lyder:

” Hvis det må antas at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet, skal styret straks behandle saken. Det samme gjelder hvis det må antas at selskapets egenkapital er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen. Styret skal innen rimelig tid innkalle generalforsamlingen og gi den en redegjørelse for selskapets økonomiske stilling. Dersom selskapet ikke har en forsvarlig egenkapital i samsvar med § 3-4, skal styret på generalforsamlingen foreslå tiltak for å rette på dette. Hvis styret ikke finner grunnlag for å foreslå tiltak som nevnt i første ledd fjerde punktum, eller slike tiltak ikke lar seg gjennomføre, skal det foreslå selskapet oppløst. ”

Bestemmelsen oppstiller en handleplikt for styret dersom egenkapitalen i aksjeselskapet blir så svak at den ikke lenger er regnet som forsvarlig ut fra selskapets forhold. Hva som ligger i at egenkapitalen er forsvarlig er behandlet over i punkt 2.4, og handleplikten inntre-

⁶² NOU 1996:3 s 146

⁶³ Bråthen, Magma (2001) s. 13-14.

når egenkapitalen ikke lenger oppfyller kravet i asl. § 3-4. Styrets handleplikt etter asl. § 3-5 inntreffer også i de tilfeller der det må antas at egenkapitalen er blitt mindre enn halvparten av aksjekapitalen. Med aksjekapital menes pålydende aksjekapital jfr. asl. § 2-2 1. ledd nr. 4 jfr. asl. § 3-1. I denne vurderingen er det imidlertid ikke rom for en helhetsvurdering av selskapets kapitalgrunnlag.⁶⁴

Det følger av forarbeidene at asl. § 3-5 må sees i sammenheng med styrets alminnelige forvaltnings- og tilsynsplikter. Bestemmelsen skjerper og presiserer det ansvar styret har når selskaps økonomiske situasjon ikke lenger er tilfredsstillende, og risikoen for økonomisk krise er reell.⁶⁵ Ved at styret pålegges en aktivitetsplikt når egenkapitalen reduseres, vil man forsøke å unngå at selskapet kommer i en situasjon der økonomien er så svak at selskapet er, eller blir insolvent, og styret får en plikt til å begjære oppbud.

Når grunnlaget for handleplikten ikke lenger er oppfylt, det vil si når egenkapitalen igjen er forsvarlig, eller større enn halvparten av aksjekapitalen, vil styrets handleplikt etter asl. § 3-5 bortfalle. Dersom egenkapitalen igjen blir lavere enn forsvarlig, eller mindre enn halvparten av aksjekapitalen i selskapet, vil handleplikten på ny oppstå. Overholder ikke styret sin handleplikt etter asl. § 3-5, og de øvrige vilkår for erstatning er tilstede, kan det enkelte styremedlem bli holdt erstatningsansvarlig. Videre risikerer styremedlemmene et straffeansvar etter asl. § 19-1.

3.1.1 Bakgrunnen for en handleplikt med grunnlag i at egenkapitalen er mindre enn halvparten av aksjekapitalen

Det kan stilles spørsmål ved behovet for en handleplikt knyttet opp mot aksjekapitalen, da en lav egenkapital i forhold til aksjekapitalen ikke nødvendigvis vil gi noe riktig bilde av

⁶⁴ Sml. Punkt 3.2.3.3 jfr. Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 54.

⁶⁵ NOU 1996:3 s. 146.

selskapets økonomiske situasjon.⁶⁶ Som eksempel kan nevnes at selskapet har en høy aksjekapital uten å drive virksomhet i stor skala, slik at når egenkapitalen er mindre enn halvparten av aksjekapitalen vil det likevel være forsvarlig. At egenkapitalen utgjør halvparten av aksjekapitalen viser imidlertid at selskapet har tapt penger. I de tilfeller egenkapitalen utgjør mindre enn halvparten av aksjekapitalen, er det derfor viktig for aksjonærene å få kjennskap til situasjonen.⁶⁷

Dersom styrets handleplikt kun inntrådte der styret mente at egenkapitalen var lavere enn forsvarlig ville ikke aksjonærene få opplysninger om at store deler av egenkapitalen var gått tapt. Når handleplikten etter asl. § 3-5 også inntreder der egenkapitalen er mindre enn halvparten av aksjekapitalen vil aksjonærene få informasjon om selskapets økonomiske situasjon, uavhengig av om styret mener egenkapitalen er forsvarlig. Hensynet til aksjonærene er bedre ivaretatt ved at styrets handleplikt inntreder på bakgrunn av objektive kriterier.

Når egenkapitalen er mindre enn halvparten av aksjekapitalen er dette et selvstendig grunnlag for inntreden av handleplikten etter asl. § 3-5, som er uavhengig av styrets vurdering av hvorvidt egenkapitalen er forsvarlig.⁶⁸

3.2 På hvilket tidspunkt inntreder handleplikten.

Etter asl. § 3-5 1. ledd 1. alternativ, inntreder styrets skjerpede handleplikt fra det tidspunkt ”det må antas” at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig, eller mindre enn halvparten av selskapets aksjekapital. Spørsmålet er hvorvidt handleplikten inntreder fra det tidspunkt egenkapitalen faktisk ble lavere enn forsvarlig, eller mindre enn halvparten av aksjekapita-

⁶⁶ NOU 1996:3 s. 147, ot.prp. nr.23 (1996-1997) s. 53.

⁶⁷ NOU 1996:3 s. 147.

⁶⁸ Ot. prp. nr.55 (2006-2007) s. 21.

len,⁶⁹ eller først fra det tidspunkt styret fikk kunnskap om at egenkapital ikke lenger var tilstrekkelig.

Ordlyden i bestemmelsen stiller ingen krav til styrets faktiske kjennskap, men bruker det objektive uttrykket ”det må antas.” Dette taler for at handleplikten inntreffer fra det tidspunkt egenkapitalen faktisk ble lavere enn forsvarlig, eller mindre enn halvparten av aksjekapitalen.

I forarbeidene finnes det uttalelser som taler for at plikten ikke inntreffer før det tidspunkt da styret oppdager den økonomiske situasjonen. Aksjelovutvalget uttalte blant annet at:

*”...Speilbildet av dette er at selskapets ledelse under sin forvaltning av selskapet, blir klar over at egenkapitalen i selskapet er blitt lavere enn forsvarlig, ut fra virksomhetens omfang og risiko. Etter utvalgets syn er det først og fremst en slik antagelse fra styrets side som bør utløse aktivitetsplikt for styret.”*⁷⁰

I juridisk teori er det imidlertid tatt til orde for at handleplikten inntreffer fra det tidspunkt det kan konstateres at egenkapitalen ikke lenger er forsvarlig, eller er halvparten av aksjekapitalen, uavhengig av hvorvidt styret på dette tidspunkt sitter med kunnskap om at egenkapitalen er slik at styret har en handleplikt etter asl. § 3-5.⁷¹

Formålet bak asl. § 3-5, nemlig å skjerpe styrets plikter,⁷² taler også for at man legger til grunn at handleplikten inntreffer allerede når egenkapitalen faktisk er blitt lavere enn forsvarlig, eller mindre enn halvparten av aksjekapitalen. Dersom plikten først skulle inntrådt ved

⁶⁹ Det må i ettertid foretas en bevisvurdering.

⁷⁰ NOU 1996:3 s. 44.

⁷¹ Andenæs (2006) s. 422.

⁷² Se punkt 2.2

styrets kunnskap ville styrets manglende kontroll med egenkapitalen ført til at handleplikten ikke ville ha inntrådt, og formålet bak § 3-5 ville vært vanskelig å realisere. Spørsmålet er ikke nærmere drøftet i forarbeidene og det kan synes som om lovutvalget ikke har hatt et bevisst forhold til ordbruken.

Selv om man legger til grunn at handleplikten inntreffer fra det tidspunkt egenkapitalen faktisk var lavere enn forsvarlig, eller mindre enn halvparten av aksjekapitalen, vil det likevel ikke vil få noen betydning dersom styret ikke kan bebreides for at de ikke hadde kunnskap på et tidligere tidspunkt.⁷³ Dette må sees i sammenheng med erstatningsreglene hvor det oppstilles krav om forsett eller uaktsomhet jfr. asl. § 17-1. Dersom styret kan bebreides for ikke å ha hatt kunnskap vil imidlertid handleplikten etter asl. § 3-5 være misligholdt, før styret har fått kjennskap til at egenkapitalen i virksomheten ikke er tilstrekkelig. Som eksempel kan nevnes der styret ved vurderingen av selskapets egenkapital, har medregnet en fordring mot en av selskapets kunder som eiendel i selskapet, og kunden er under konkursbehandling.

Formålet med bestemmelsen, samt juridisk teori taler dermed for å ikke tillegge uttalelsene i forarbeidene avgjørende vekt.⁷⁴ Handleplikten oppstår fra det tidspunkt egenkapitalen faktisk var lavere enn forsvarlig, eller mindre enn halvparten av aksjekapitalen, uavhengig av styrets kunnskap om den økonomiske situasjonen.

3.3 Styrets plikt til å behandle saken

Dersom grunnlaget for handleplikten er oppfylt har styret en plikt til å behandle saken jfr. asl. § 3-5. Denne plikten gjelder uavhengig av om handleplikten har grunnlag i at egenkapitalen ikke er forsvarlig, eller er mindre enn halvparten av aksjekapitalen. Plikten til å behandle saken er begrunnet i at styret skal tvinges til å vurdere selskapets økonomiske pro-

⁷³ Andenæs (2006) s. 422.

⁷⁴ Se Løvdal (2003) s 503.

blemer,⁷⁵ samt komme frem til tiltak som kan løse problemene. Etter asl. § 6-20 1. ledd er det styreleder som skal sørge for behandlingen av viktige saker, men plikten til styrebehandling etter asl. § 3-4 påhviler alle styremedlemmene, og styrebehandling kan kreves av hvert enkelt styremedlem jfr. asl. § 6-20 2. ledd.

Styremøtet skal etter asl. § 3-5 avholdes ”straks.” Ordlyden innebærer at styremøte skal avholdes med en gang det foreligger grunnlag for handleplikten, sett bort ifra den tid det faktisk tar å innkalle til et styremøte jfr. asl. § 6-22. Det kan virke urimelig strengt at styrebehandling skal skje straks, men dette må sees i sammenheng med presumsjonen om at inntrådt handleplikt innebærer en prekær økonomisk situasjon for selskapet.

Ved behandlingen i styret gjelder vanlige saksbehandlingsregler.⁷⁶ Det innebærer blant annet at det skal føres styreprotokoll jfr. asl. § 6-29. Styreprotokollen vil bidra til å kaste lys over styrets behandling av saken, og vil blant annet bli viktig dersom det senere skulle oppstå tvil om hvorvidt styret har oppfylt sine plikter. Reglene om protokollasjon ivaretar det pliktoppfyllende styremedlems interesse, da styremedlemmet i ettertid kan dokumentere at han eller hun har oppfylt sine plikter som styremedlem. Styret bør derfor sørge for at protokollasjonen er så grundig som mulig.⁷⁷

Ordlyden i bestemmelsen sier ikke noe om hvilke krav som stilles til styrets behandling av saken. For at formålet med styrebehandling best skal kunne oppnås, må det kreves at styret tar stilling til den økonomiske situasjon, og forsøker å komme frem til mulige tiltak.⁷⁸ Behandlingen i styret må oppfylle kravet til forsvarlig saksbehandling, jo grundigere vurde-

⁷⁵ Bråthen (2006) s. 102.

⁷⁶ Bråthen, Magma (2001) s. 10.

⁷⁷ Bråthen (2006) s. 102.

⁷⁸ Løvdal (2003) s. 33.

ringen rundt den økonomiske situasjonen er jo mer skal til for at styret senere vil komme i et erstatningsansvar, selv om vurderingen viste seg å være feil.⁷⁹

3.4 Forholdet til generalforsamlingen

3.4.1 Plikten til å innkalle generalforsamlingen og redegjørelsesplikten

Det følger av asl. § 3-5 1. ledd at styret har en plikt til å innkalle til generalforsamling. Etter bestemmelsens ordlyd gjelder det ingen umiddelbar plikt til å kalle inn generalforsamlingen, så lenge innkallelsen skjer innen ”rimelig tid.”⁸⁰ Når det i loven ikke er oppstilt noen bestemt tidsfrist er det begrunnet i styrets behov for å vurdere selskapet stilling.⁸¹ At det er gitt en skjønnsmessig tidsfrist kan imidlertid ikke forstås slik at styret kan la være å kalle inn generalforsamlingen, og det gjelder et strengt krav til styrets aktsomhet der de venter med innkallelse.⁸² Utgangspunktet for fristen er det tidspunkt grunnlaget for handleplikten er tilstede, og fristen avbrytes ved at generalforsamlingen innkalles etter reglene i asl. § 5-10.

Innkallelse av generalforsamlingen kan skje ved ekstraordinær generalforsamling jfr. asl. § 5-6. Styrets handleplikt kan også oppfylles ved at det redegjøres på en ordinær generalforsamling. Hvorvidt det skal innkalles til ekstraordinær generalforsamling, eller om det er tilstrekkelig med informasjon på en ordinær generalforsamling, vil bero på hvorvidt innkallelsen skjer innen ”rimelig tid”.

Hva som ligger i ”rimelig tid” vil etter forarbeidene bero på konkrete forhold, som for eksempel om selskapet er i oppstartfasen, eller styret jobber med en refinansiering som krever

⁷⁹ Rt. 1991 s.119.

⁸⁰ NOU 1996:3 s. 146.

⁸¹ Bråthen (2006) s. 102.

⁸² Bråthen (2006) s. 103.

konfidensialitet.⁸³ Dersom den økonomiske situasjonen har vært dårlig i lengre tid, men stabil, vil det ikke være nødvendig med en like rask innkallelse som i de tilfeller der den økonomiske situasjonen akutt har forverret seg.⁸⁴ Det kan også være at styret anser den økonomiske situasjonen som forbigående, og at den vil bedre seg i nær fremtid, eller at styret selv vil kunne klare å forbedre den økonomiske situasjonen ved tiltak som ligger innenfor styrets kompetanseområde.⁸⁵

I forarbeidene er det uttalt at regelen om innkallelse, i de tilfeller handleplikten har grunnlag i at egenkapitalen er mindre enn halvparten av aksjekapitalen, må gi rom for fleksibilitet.⁸⁶ Dette må tolkes slik at dersom styret anser egenkapitalen for å være forsvarlig selv om egenkapitalen utgjør mindre enn halvparten av aksjekapitalen, kan det ligge innenfor "rimelig tid" å vente med innkallelse av generalforsamlingen til neste ordinære generalforsamling.⁸⁷ Hvis styret anser egenkapitalen for å være forsvarlig er ikke behovet for en generalforsamling like prekært som i de tilfellene styret anser egenkapitalen for å være lavere enn forsvarlig.

Det følger av ordlyden i asl. § 3-5 at styret skal redegjøre for selskapets økonomiske stilling på generalforsamlingen. Innholdet i redegjørelsen vil bero på en avveining av hensynet til aksjonærenes informasjonsbehov mot hensynet til selskapets behov for hemmelighold.⁸⁸ Redegjørelsen skal gi aksjonærene et grunnlag for å ta stilling til hvilke tiltak som eventuelt skal besluttet for å bedre økonomien.⁸⁹

⁸³ NOU 1996:3 s. 146.

⁸⁴ Se Løvdal (2003) s. 510.

⁸⁵ Se Andenæs (2006) s. 422.

⁸⁶ NOU 1996: 3 s. 146.

⁸⁷ Løvdal (2003) s. 500.

⁸⁸ Løvdal (2003) s. 511.

⁸⁹ Løvdal (2003) s. 516.

3.4.2 Styrets plikt til å foreslå tiltak og kompetansen til å gjennomføre egne tiltak

Etter asl. § 3-5 har styret en plikt til å foreslå tiltak dersom selskapets egenkapital ikke er forsvarlig. Etter ordlyden i bestemmelsen foreligger plikten kun dersom egenkapitalen er lavere enn forsvarlig, men ikke der handleplikten har grunnlag i at egenkapitalen er mindre enn halvparten av aksjekapitalen.

Formålet med styrets plikt til å foreslå tiltak er å få egenkapitalen opp på et forsvarlig nivå.⁹⁰ Mener styret at egenkapitalen er forsvarlig, selv om den er mindre enn halvparten av aksjekapitalen, gir det liten mening å pålegge styret noen plikt til å foreslå tiltak for at selskapet igjen skal få en forsvarlig egenkapital. Der grunnlaget for styrets handleplikt er at egenkapitalen er mindre enn halvparten av aksjekapitalen er det altså tilstrekkelig at styret fremlegger saken for generalforsamlingen.⁹¹

Spørsmålet er så hvorvidt styret i tillegg til å behandle saken, og foreslå tiltak, også har en kompetanse og en plikt til å iverksette egne tiltak. Ordlyden i asl. § 3-5 sier at styret skal behandle saken, for deretter å foreslå tiltak. Dette trekker i retning av at styret ikke har noen slik kompetanse, eller plikt. I forarbeidene uttaler utvalget at styrets plikt er en plikt til å vurdere situasjonen og foreslå tiltak, og at ”det er således opp til aksjeeierne gjennom generalforsamlingen å avgjøre hva som skal gjøres.”⁹²

Det er bred enighet i juridisk teori om at loven ikke kan forstås slik at styret innenfor sitt eget ansvarsområdet, til fordel for generalforsamlingen, er fratatt plikten og kompetansen til å iverksette tiltak.⁹³

⁹⁰ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 20. Andenæs(2006) s. 421.

⁹¹ Andenæs (2006) s. 423.

⁹² NOU 1996:3 s. 146.

⁹³ Bråthen (2006) s. 102, Andenæs (2006) s. 422.

Etter asl. § 6-12 har styret ansvar for den alminnelige forvaltningen av selskapet og asl. § 3-5 innebærer ikke noen begrensning av dette ansvaret. Uttalelsen i forarbeidene må tolkes slik at generalforsamlingen må avgjøre hva som skal gjøres, dersom forslaget ligger innenfor generalforsamlingens kompetanseområde. Dersom det kan gjøres tiltak innenfor styrets kompetanseområde, for eksempel endringer i driften, som ikke innebærer vedtektsendringer, så har styret fortsatt beslutnings og gjennomføringsmyndighet. Styret har derfor både en rett og en plikt til å foreta seg handlinger som ligger innenfor styrets myndighetsområde.

De tiltak styret selv kan sette i gang vil være de tiltak som ikke krever godkjenning fra generalforsamlingen. Dette kan f.eks. være å forhandle med selskapets bankforbindelse om bedre rentebetingelser, beslutte at selskapets salg skal skje med kortere kredittid, si opp tapsbringende kontrakter etc.

Dersom styrets egne tiltak, innen rimelig tid, medfører at egenkapitalen igjen blir forsvarlig og over halvparten av aksjekapitalen, så kan styret velge å ikke kalle inn til generalforsamling.⁹⁴ Er generalforsamlingen allerede kalt inn kan innkallingen trekkes tilbake. I mange tilfeller vil imidlertid gode grunner tale for å informere generalforsamlingen om den økonomiske situasjonen, og de tiltak som ble satt i gang for å bedre den. Hensynet til det behov aksjonærene har for informasjon må imidlertid holdes opp mot hensynet til de negative konsekvenser en ekstraordinær generalforsamling kan ha for selskapet.⁹⁵

Tiltak som styret kan foreslå for generalforsamlingen er de tiltak som ligger utenfor styrets eget kompetanseområde. Det kan for eksempel være en endring i selskapets virksomhet som forutsetter vedtektsendring, en oppløsning ved fusjon, eller å innhente kapital gjennom en kapitalforhøyelse. Generalforsamlingen avgjør hvilke tiltak som treffes etter forslag fra styret. Dersom styret har lagt frem et forslag som ikke blir vedtatt eller fulgt opp av gene-

⁹⁴ Bråthen (2006) s. 103.

⁹⁵ Se punkt 3.6, jfr. Bråthen, Magma (2001).

ralforsamlingen er det imidlertid ikke slik at styret ansvarsfritt kan forholde seg passivt.⁹⁶ Dette følger blant annet av LG-2007-21395 hvor Gulating lagmannsrett uttalte at:

”Lagmannsretten skal i denne forbindelse bemerke at selv om styret i tilfeller som disse bare er pålagt en plikt til å foreslå tiltak, kan det ikke være tvilsomt at det, dersom de øvrige vilkår er oppfylt, kan bli holdt ansvarlig også om de tiltak som blir foreslått, ikke blir fulgt opp av generalforsamlingen. For å komme klar av ansvaret, må styret i et slikt tilfelle begjære oppbud, eller styremedlemmene må frasi seg sine verv.
”

Hvorvidt styret har oppfylt sin handleplikt etter asl. § 3-5 vil være avhengig av hvorvidt de tiltak som settes i gang syntes egnet til å få egenkapitalen på et forsvarlig nivå. Styrets tiltak etter asl. § 3-5 har nær sammenheng med når plikten til å begjære oppbud vil inntre.⁹⁷ Hvilke tiltak styret setter i gang, og hvorvidt de er egnet til å bedre selskapets økonomiske situasjon, vil være avgjørende for på hvilket tidspunkt styret får en plikt til å begjære oppbud. Rettspraksis knyttet til styrets iverksettelse av tiltak vil bli behandlet under punkt 4.2 for å unngå dobbeltbehandling.

3.4.3 Plikten til å foreslå selskapet oppløst og avviklet

Etter asl. § 3-5 2.ledd har styret en plikt til å foreslå selskapet oppløst i to situasjoner. For det første der styret ikke finner grunnlag for å foreslå tiltak etter bestemmelsens 1. ledd, for det andre der foreslåtte tiltak ikke lar seg gjennomføre. At tiltak ikke lar seg gjennomføre kan skyldes at generalforsamlingen ikke oppnår tilstrekkelig flertall til å gjennomføre tiltaket,⁹⁸ eller det kan være at det vedtatte tiltaket senere viser seg umulig å gjennomføre. Vi-

⁹⁶ LG- 2007-21395, se også LA-2007-37537. Se kommentar til aksjeloven (online lovdata) til asl. § 3-5 punkt 1.9.

⁹⁷ Se rettspraksis under punkt 4.2

⁹⁸ NOU 1996:3 s. 147.

dere kan det være at de tiltak styret selv iverksatte, ikke førte til at egenkapitalen i selskapet ble forsvarlig.

Det er generalforsamlingen som har myndighet til å oppløse selskapet jfr. asl. § 16-1. Styrets plikt etter asl. § 3-5 2.ledd er derfor bare en forslagsplikt. Dersom oppløsning ikke blir vedtatt av generalforsamlingen vil både de aksjonærene som har stemt imot, og styremedlemmer som fortsetter sitt verv, risikere å pådra seg erstatningsansvar etter asl. § 17-1 ved videre drift av selskapet.⁹⁹ Er selskapet insolvent vil det ikke kunne avvikles, med mindre samtlige kreditorer samtykker, jfr. asl. § 16-7 1. ledd.¹⁰⁰ Dersom selskapet ikke kan avvikles etter reglene i asl. kapittel 16 fordi selskapet ikke har tilstrekkelig midler til å oppfylle selskapets forpliktelser, vil styret ha en plikt til å begjære oppbud.¹⁰¹

4 Styrets plikter når selskapet er insolvent

4.1 Innledning

Når selskapet er insolvent følger av kkl. § 61.

“Skyldneren er insolvent når denne ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, med mindre betalingsudyktigheten må antas å være forbigående. Insolvens foreligger likevel ikke når skyldnerens eiendeler og inntekter tilsammen antas å kunne gi full dekning for skyldnerens forpliktelser, selv om oppfyllelsen av forpliktelsene vil bli forsinket ved at dekning må søkes ved salg av eiendelene.”

⁹⁹ Bråthen (online, rettsdata) note 285.

¹⁰⁰ Andenæs (2006) s. 626.

¹⁰¹ Se punkt 4.2

For at insolvens skal kunne konstateres må to vilkår være oppfylt, for det første må selskapet være illikvid, og for det andre må selskapet være insuffisient.¹⁰²

At selskapet er illikvid innebærer at det er ute av stand til å betale løpende forpliktelser. Dersom selskapet klarer å dekke sine forpliktelser etter hvert som de forfaller vil selskapet altså ikke være insolvent. Er selskapet i oppstartfasen vil det ofte være i underbalanse, men allikevel i stand til å betale sine forpliktelser. I en slik situasjon ville det slått uheldig ut om likviditet ikke inngikk i insolvensvurderingen. Det avgjørende for vurderingen av likviditet er hvorvidt selskapet i dag kan dekke sine forpliktelser, og hvorvidt de kan det i tiden fremover.¹⁰³ Man må se hen til de midler skyldneren har i dag og de han eller hun vil komme til å få i fremtiden jfr. kkl. § 61 2. punktum. Konkurslovutvalget uttalte i forarbeidene at *”spørsmålet blir om strømmen av inntekter er stor nok og kommer tidsnok til å dekke rekken av forpliktelser.”*¹⁰⁴ Inntjeningen må ha en viss stabilitet og varighet.¹⁰⁵

Selskapet er ikke insolvent dersom illikviditeten ”må antas å være forbigående” jfr. kkl. § 61 1. punktum. Lovens ordlyd gir ingen klar føring på hva som er å anse som forbigående betalingsudyktighet. Andenæs gir uttrykk for at *”en helt kortvarig forsinkelse anses som forbigående, og en forsinkelse på flere måneder anses som mer enn forbigående.”*¹⁰⁶ Er det snakk om en betalingsudyktighet som verken er helt kortvarig eller er på flere måneder så må det foretas en helhetsvurdering, der det blant annet vil være av betydning hvor sikre holdepunkter man har for at selskapet igjen vil kunne komme på bena.¹⁰⁷

¹⁰² Wiker (online, rettsdata) note 64.

¹⁰³ Andenæs (2009) s. 62.

¹⁰⁴ NOU 1972:20 s 121.

¹⁰⁵ Rt.1997 s.698.

¹⁰⁶ Andenæs (2009) s. 65.

¹⁰⁷ Andenæs (2009) s. 65.

Dersom selskapet er illikvid, men verdien av selskapets eiendeler og inntekter¹⁰⁸ er tilstrekkelige til å dekke kreditorenes fordringer, er selskapet ikke insuffisient og dermed heller ikke insolvent. Dersom kreditorene kan få dekket sine fordringer gjennom enkeltforfølging er det ingen grunn til at selskapet skal tas under konkursbehandling. Konkurs er et institutt som innebærer at kreditorene sammen skal dele de midler som er igjen hos selskapet, og sammen skal bære det tapet som oppstår ved at ikke alle kreditorene får dekning.¹⁰⁹ Ved vurderingen av om selskapet er insuffisient må man se hen til de midler som kan tjene til dekning for fordringshaverne, jfr. dekl. § 2-2.¹¹⁰ Det er kun formuesgoder som faktisk og rettslig er tilgjengelig for selskapet som kan inngå i vurderingen.¹¹¹ Eiendeler som er beslagsfrie etter dekningsloven kapittel 2 skal ikke medregnes. Verdssettelsen av eiendelene skal som utgangspunkt skje med grunnlag i hva man kan få for formuesgodet ved tvangsrealisasjon.¹¹²

I den videre fremstillingen vil jeg behandle spørsmålet om hvordan styrets plikter ytterligere skjerpes når selskapet er insolvent.

4.2 Styrets plikt til å begjære oppbud

Etter asl. § 6-18 1.ledd har styret kompetanse til å begjære oppbud i selskapet. Aksjeloven oppstiller ingen plikt for styret til å begjære oppbud, men kompetansen i asl. § 6-18 1. ledd må sees i lys av strl. § 284 jfr. strl. § 287,¹¹³ som gir hjemmel for å straffe styret for manglende oppbudsbegjæring. Styret har dermed en plikt til å begjære oppbud, og brudd på plikten kan medføre straff på de vilkår som følger av strl. § 284.

¹⁰⁸ Gisle (2002) s. 138

¹⁰⁹ Andenæs (2009) s. 10-11.

¹¹⁰ Andenæs (2009) s. 68.

¹¹¹ NOU 1972:20 s 122, Rt.1950 s.1132.

¹¹² Wiker (rettsdata, online,) note 64.

¹¹³ NOU 1996:3 s. 140.

Brudd på oppbudsplikten kan også medføre erstatningsansvar for styret.¹¹⁴ I alminnelighet kreves det mindre for å ilegge erstatningsansvar enn straffeansvar.¹¹⁵ Dette skyldes at straff betraktes som en mer alvorlig reaksjon mot styret, enn et erstatningsansvar.

Den nedre grensen for erstatningsansvaret vil samtidig være den øvre grensen for styrets mulighet til ansvarsfritt å forsøke å redde selskapet fra konkurs. Plikten til å begjære oppbud vil være overtrådt allerede når styret blir erstatningsansvarlig for manglende oppbud. At styret også risikerer straffeansvar for brudd på plikten innebærer ikke noen skjerpelse av styrets plikter, kun en skjerpelse av reaksjonen. Den erstatningssanksjonerte oppbudsplikten vil derfor bli grundigere behandlet enn spørsmålet om når styret risikerer straff for brudd på plikten til å begjære oppbud.

4.3 Den straffesanksjonerte oppbudsplikten

Strl. § 284 oppstiller et straffeansvar på visse vilkår for en insolvent skyldner som unnlater å begjære oppbud. Bestemmelsen inneholder to alternativer for straff. Litra a omhandler de tilfellene der unnlatt oppbudsbegjæring har ført til at et utlegg eller disposisjoner ikke kan omstøtes. Om det foreligger utlegg eller disposisjoner som ikke kan omstøtes på grunn av utsatt oppbud, vil bero på det enkelte tilfelle, og vil gi liten veiledning for spørsmålet om hvor lenge styret generelt kan forsøke å redde selskapet ansvarsfritt. Litra b gir hjemmel for straff der skyldnerens næringsvirksomhet klart går med tap, og styret unnlater å begjære oppbud. Bestemmelsen vil bidra til å kaste lys over på hvilket tidspunkt styret får en plikt til å begjære oppbud, og det er bestemmelsens alternativ b som vil bli behandlet i det videre.

¹¹⁴ Aarum (1993) s. 490.

¹¹⁵ Aarum (1994) s. 491.

Bestemmelsen kom inn i straffeloven i 2004, og viderefører den eldre bestemmelsen om straff for manglende oppbudsbegjæring i strl. § 283a. Før strl. § 283a trådte i kraft i 1986, hadde man ingen bestemmelse som uttrykkelig rammet unnlatelse av å begjære oppbud. Loven oppstilte kun et straffeansvar for visse handlinger som unndro midler til dekning for kreditorene. Forarbeidene pekte på et behov for å ramme situasjoner der det ikke er foretatt noen bestemt handling for å unndra midler, men *”hvor en forretning er holdt i gang gjennom en lengre periode hvor stillingen stadig har forverret seg.”*¹¹⁶ Kreditorenes muligheter til å få dekket sine krav vil i slike tilfeller bli mindre. Lovgiver ønsket med andre ord å gjøre det straffbart å drive virksomhet på kreditorenes regning.

”Skyldneren” etter strl. § 284 er den person som har gjeldsansvaret, og for aksjeselskaper innebærer det at selskapet selv er ”skyldneren”.¹¹⁷ Styret vil ikke rammes direkte av strl. § 284, men er ansvarlig som medvirkere etter strl. § 287. Etter ordlyden i strl. § 287 straffes medvirkning på samme måte som etter strl. § 284, vurderingen er altså den samme etter de to bestemmelsene.

Det første objektive vilkåret for straffeansvar etter strl. § 284 er at skyldneren, det vil si aksjeselskapet, er insolvent. Ved vurderingen av om aksjeselskapet er insolvent må det legges til grunn samme forståelse av begrepet som etter kkl. § 61.¹¹⁸ At selskapet er insolvent er imidlertid ikke et tilstrekkelig vilkår, det kreves i tillegg at næringsvirksomheten ”klart går med tap”, jfr. strl. § 284 1. ledd litra b.

I og med at insolvens er et eget vilkår etter strl. § 284, må ”klart går med tap” forstås slik at det skal mer til for å kunne straffe styret for ikke å ha begjært oppbud, enn at det forelå en ikke forbigående betalingsudyktighet. At virksomheten klart må gå med tap innebærer at

¹¹⁶ NOU 1972:20 s. 368.

¹¹⁷ Bråthen (online rettsdata) note 2250.

¹¹⁸ Ot.prp. nr 37 (2003-2004) kap. 21.1.

bestemmelsen kun retter seg mot klart håpløse tilfeller.¹¹⁹ Ved risiko for straffansvar er det sannsynlig at styret vil begjære oppbud fremfor å forsøke å redde virksomheten. Dette vil ikke gagne fordringshaverne i de tilfellene hvor det er en mulighet for at styret vil lykkes i sitt forsøk med å redde virksomheten, og kreditorene med det vil få sine krav dekket.¹²⁰

Videre er det et vilkår at styret må innse at selskapet ikke vil kunne gi dekning til kreditor-ene innen rimelig tid. At styret "må innse", innebærer at det må foreligge grov uaktsomhet hos styret.¹²¹ Hva som ligger i "rimelig tid" følger verken av lovteksten, eller av forarbeidene. Dette vil bero på en skjønnsmessig vurdering som vil avhengige av de konkrete omstendigheter.¹²² Også ved vurderingen av "rimelig tid" er det snakk om en tidshorisont som er lenger enn forbigående betalingsudyktighet. Hva som ligger i rimelig tid må tolkes på bakgrunn av lovgivers intensjon om at bestemmelsen kun skal ramme de håpløse tilfellene.¹²³

Dersom virksomheten er drevet videre etter at selskapet ble insolvent, virksomheten klart har gått med tap, og styret må ha innsett at fordringshaverne ikke ville få dekning innen rimelig tid, så er virksomheten drevet på kreditorenes regning. Er også de subjektive vilkårene for straff tilstedte kan styret straffes for ikke å ha begjært oppbud i tide, jfr. strl. § 284 jfr. strl. § 287.

¹¹⁹ NOU 1972:20 s. 368.

¹²⁰ NOU 1972:20 s. 368.

¹²¹ Ot.prpr.nr 37 (2003-2004) s. 76.

¹²² Konkursrådet (2012), LE-2004-25259. Se punkt 4.2.5 og 4.2.6 for en gjennomgang av hvilke momenter som vil kunne være relevant ved vurderingen.

¹²³ Tidsskrift for strafferett 2006-3, s. 231.

4.4 Den erstatningssanksjonerte oppbudsplikten

4.4.1 Innledning

Styret kan bli erstatningsansvarlig etter asl. § 17-1 for å ha forvaltet et underfinansiert selskap.¹²⁴ Erstatningsansvar for brudd på styrets oppbudsplikt må sees som en spesiell del av dette erstatningsansvaret.¹²⁵ Spørsmålet er hvor lenge styret kan forsøke å redde selskapet ved å oppfylle handleplikten etter asl. § 3-5, før de i ettertid risikerer erstatningsansvar for brudd på oppbudsplikten.

Erstatningsansvar forutsetter at de alminnelige vilkårene for erstatning er tilstede. Det må foreligge et ansvarsgrunnlag, et økonomisk tap og en adekvat årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og det økonomiske tapet. Asl. § 17-1 oppstiller et alminnelig culpaansvar, det vil si at styret ved å fortsette driften av virksomheten må ha handlet uaktsomt eller forsettlig.

Vurderingen av uaktsomhetsansvaret deles i en objektiv og en subjektiv del.¹²⁶ Den objektive delen er spørsmålet om hvorvidt styremedlemmet har overtrådt noen av sine plikter, og den subjektive delen er spørsmålet om hvorvidt styremedlemmet ved overtredelsen har utvist tilstrekkelig skyld. Spørsmålet om tilstrekkelig skyld er utvist vil i all hovedsak dreie seg om hvorvidt det foreligger en subjektiv unnskyldningsgrunn.¹²⁷ En slik unnskyldningsgrunn kan for eksempel være at et styremedlem var sykemeldt i perioden der økonomien begynte å svikte, og dermed ikke var med på å ta beslutninger. Hvert enkelt styremedlem kan holdes ansvarlig, etter en individuell vurderingen¹²⁸ med grunnlag i forholdene på tidspunktet for overtredelsen av styremedlemmets plikter.

¹²⁴ Ot.prp.nr. 19 (1974-1975) s. 16.

¹²⁵ Aarum (1994) s. 490.

¹²⁶ Aarum (1993) s. 187.

¹²⁷ Aarum (1993) s. 220.

¹²⁸ Matre (rettsdata, online) note 2516.

I det videre vil den objektive siden av ansvarsgrunnlaget bli behandlet, herunder spørsmålet om på hvilket tidspunkt styret får en plikt til å begjære oppbud. Spørsmålet om subjektiv skyld vil ikke bli behandlet nærmere.

4.4.2 Når inntreder den erstatningssanksjonerte oppbudsplikten

At selskapet er insolvent er et vilkår for å åpne konkurs, jfr. kkl. § 60 og kkl. § 61. Som nevnt i punkt 4.3 er det et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for straffansvar at selskapet er insolvent. Erstatningsansvar vil inntre på et tidligere tidspunkt enn straffeansvaret,¹²⁹ og spørsmålet er om det er tilstrekkelig at selskapet er insolvent for at styret skal bli erstatningsansvarlig for manglende oppbudsbegjæring. Spørsmålet er om styret får en plikt til å begjære oppbud når selskapet er insolvent, eller om styret kan vente en viss tid for å se om det er mulig å redde selskapet fra konkurs.

Aarum gir i sin avhandling uttrykk for at oppbudsplikten ikke bør trekkes så langt at styret kommer i erstatningsansvar dersom de ikke begjærer oppbud med det samme selskapet blir insolvent.¹³⁰ Aarum skriver at :

*”styret bør alle forhold tatt i betraktning gis rimelig tid etter at insolvensen er inntrådt, til å forsøke å redde selskapet. Heller ikke kreditorene er tjent med å fremtvinge en konkurs som kunne vært unngått.”*¹³¹

Reservasjonen om at styret må gis en ”rimelig tid” til å forsøke å redde selskapet, etter at selskapet er insolvent, er fulgt opp i rettspraksis.¹³²

¹²⁹ Aarum (1993) s. 496.

¹³⁰ Aarum (1993) s. 498 flg.

¹³¹ Aarum (1993) s. 499.

¹³² LB-2008-704.

I Rt. 1991 s.119 var det rettet et erstatningskrav mot styret i et befrakterselskapet Normount for tap som et rederi angivelig var påført som følge av at det var inngått avtale om innbefracting på et utilstrekkelig økonomisk grunnlag. Spørsmålet gjaldt ikke direkte styrets plikt til å begjære oppbud, men grensen for når styret ikke lenger erstatningsfritt kan pådra selskapet forpliktelser. Denne grensen vil imidlertid henge tett sammen med grensen for når styret må begjære oppbud.¹³³ Høyesterett viste til Bernhard Gomard ”Aktieselskaber og Anpartsselskaber, København 1986, og uttalelsene på side 321:

”...En virksomheds ledelse er imidlertid berettiget til at kæmpe for at bevare selskabet og for at undgå betalingsstandsning og konkurs...”

Høyesterett kom til at styremedlemmene ikke hadde optrådt erstatningsbetingende. Styret måtte gis rom for å forsøke å redde selskapet fra konkurs, en viss tid etter at selskapet ble insolvent.

Styret har altså ingen umiddelbar plikt til å begjære oppbud i selskapet, når selskapet er insolvent, men er gitt en ”rimelig tid” til å forsøke å redde selskapet fra konkurs.

4.5 Nærmere om fristen innen rimelig tid og styrets aktsomme forretningsmessige vurdering

Det er vanskelig å si noe konkret om hvor grensen går for hva som er ”rimelig tid” fra selskapet er insolvent og frem til styret får en plikt til å begjære oppbud. Hvor langt tid som kan regnes som ”rimelig tid” vil bero på en konkret skjønnsmessig vurdering. I sin avhandling uttrykker Aarum følgende:

¹³³ Se punkt 5.3.

” Det er umulig å angi en eksakt frist for hvor lang tid styret bør få å områ seg på. Tidsrommet må avhenge av omstendighetene i det konkrete tilfellet. Rettsstridsvurderingen må foretas ut fra forholdene slik de fremsto på det aktuelle tidspunkt. Det bør gis rom for en viss optimisme, men denne må ha grunnlag i konkrete forhold. En generell optimisme hos styret er ikke tilstrekkelig. Foreligger særlige holdpunkter, bør en utsettelse på noen måneder etter at selskapet er blitt insolvent, ikke være for mye. Dette kan være nødvendig dersom styret skal gis en reell mulighet til å snu den uheldige utviklingen.”¹³⁴

I LB-2008-704 godtok Borgarting lagmannsrett et langt tidsrom fra selskapet var insolvent og frem til det ble begjært oppbud. Kreditor fremmet erstatningskrav mot styreleder og anført at styreleder ikke hadde sørget for forsvarlig forvaltning av selskapet, at det ikke var begjært oppbud i tide, og at styreleder hadde gitt villedende opplysninger om den økonomiske situasjonen i selskapet. Av faktum følger det at A. Stenberg & Søn Entreprenør AS var insolvent i årsskiftet 2005/2006 mens oppbud først ble begjært i oktober 2006. Lagmannsretten uttalte at:

*”Videre drift i et selskap som er insolvent, er risikabelt. I en slik situasjon balanse-
rer man mellom hensynet til kreditorene på den ene siden og hensynet til de ansatte
og eiernes håp om redning på den andre.”*

Videre uttalte lagmannsretten:

*“Hva gjelder situasjonen i Stenberg AS, gikk det ni og en halv måned fra insolvens-
tidspunktet ved årsskiftet 2005/2006 til oppbudsbegjæring ble inngitt. Dette kan i
utgangspunktet synes lenge, også sett i lys av Aarums utsagn om « noen måneder »
gjengitt over. Spørsmålet er om omstendighetene i denne saken var av en slik art at*

¹³⁴ Aarum (1993) s. 500

en utsettelse på ni og en halv måned er akseptabel, eller om videre drift i håp om å redde selskapet var urealistisk og en uforsvarlig spekulasjon på kreditorenes bekostning.”

Borgarting lagmannsrett kom til at det forelå spesielle omstendigheter som gjorde at beslutningen om å avvente å begjære oppbud i ni og en halv måned kunne regnes som ”rimelig tid.” Retten begrunnet avgjørelsen med at styreleder i tiden etter at selskapet ble insolvent hadde ført forhandlinger med potensielle investorer. Forhandlingene var bygget på en ikke ubetydelig optimisme fra styreleders side, men Borgarting lagmannsrett uttalte at optimismen var begrunnet i en forsvarlig forretningsmessig vurdering. Videre begrunnet lagmannsretten avgjørelsen med at den økonomiske situasjonen lenge hadde vært stabil, at utsettelsen ikke forverret den totale situasjonen, og at dette ga styreleder større handlingsrom. Til slutt var det et moment at styreleder, som også var aksjonær selv hadde skutt inn penger.

Også i LF-2004-987 kom Frostating lagmannsrett til at styreleder ikke hadde opptrådt uaktsomt. Styreleder i Devold tekstil AS var saksøkt av konkursboet for driftstap som følge av manglende oppbudsbegjæring, samt brudd på asl. § 3-5. Selskapet var insolvent i slutten av februar 2002, og oppbud ble begjært i juli samme år. Flertallet i lagmannsretten la vekt på at styret arbeidet med en plan for langsiktig finansiering i selskapet, og retten uttalte at *”flertallet er enig med tingretten i at den planlagte likviditetstilførsel i budsjettet var bygd på realistiske forutsetninger fra styrets side.”*¹³⁵ Videre la retten vekt på at styreleder hadde forutsatt at en flytting av produksjonen til Litauen ville bedre lønnsomheten i selskapet, og at denne forutsetningen var bygget på et realistisk grunnlag fra styreleders side.

I den tidligere omtalte dommen LG-2007-21395 ble styret dømt til å erstatte forringelsen av selskapets økonomiske stilling fra tidspunktet hvor oppbud burde vært begjært, og frem

¹³⁵ LF-2004-987.

til oppbud faktisk ble begjært. Retten fant etter en bevisvurdering at selskapet var insolvent i august 2002, mens oppbud ble begjært først i februar 2003. Gulating lagmannsrett uttalte at handlingsplikten etter asl. § 3-5 ikke var oppfylt. Retten la vekt på at styret ikke hadde foretatt en samlet gjennomgang av selskapets økonomiske situasjon for å finne ut av hvor mye midler som faktisk var nødvendig for å holde selskapet i gang. De kapitalinnskudd som var gjort var kun tilstrekkelige til å dekke løpende utgifter. Lagmannsretten uttalte at:

”Vel er det så at et styre må ha god margin for feilvurderinger når det gjelder muligheten for å snu en negativ utvikling, og at de innskudd som ble gjort i sluttfasen og som har ført til store tap for aksjonærene, viser at de selv hadde tro på at selskapet kunne reddes. Lagmannsretten er også innforstått med at det må ha veid tungt for de som var involvert i driften at det var tale om å redde arbeidsplasser i et lite lokalsamfunn. Slik lagmannsretten ser det, er det imidlertid ikke grunnlag for å konkludere annerledes enn at styrets vurderinger når det gjaldt muligheten for fortsatt drift, lå godt utenfor det som kunne forsvares....”

I LA-2007-37537 måtte styremedlemmene i Mat og Glede AS erstatte tap konkursboet det tap selskapet var påført som følge av at virksomheten hadde blitt drevet videre, tross store underskudd og tapt egenkapital. Agder lagmannsrett fant det ikke nødvendig å fastslå et nøyaktig tidspunkt for når oppbudsplikten inntrådte, da styret uansett ikke hadde overholdt sine alminnelige forvaltningsplikter etter aksjeloven, og heller ikke den handleplikt som følger av asl. § 3-5. Selv om selskapets økonomi gikk dårlig, hadde styret inngått en avtale som innebar en betydelig utvidelse av selskapets virksomhet. Lagmannsretten uttalte at de i utgangspunktet ville være tilbakeholdne med å overprøve styrets forretningsmessige vurdering. Retten la imidlertid vekt på at styret ikke hadde foretatt en forsvarlig vurdering av selskapets egenkapital, og at inngåelsen av avtalen bygget på et uforsvarlig grunnlag. En forsvarlig vurdering av selskapets egenkapital fra styrets side ville ledet til en konklusjon om at egenkapitalen var negativ, og at man ikke ville kunne drive videre. Det forelå således ikke noe begrunnet håp om at selskapet kunne reddes fra konkurs.

I LF-2004-987 godtok retten et tidsrom på fem måneder mellom insolvens og oppbudsbe-
gjæring. I LG-2007-21395 ville retten ikke godta et tidsrom på seks måneder mellom in-
solvens og oppbudsbe-
gjæring, mens retten i LB-2008-704 godtok et tidsrom på ni og en
halv måned.

Rettspraksis viser at tidsrommet for hva som regnes som ”rimelig tid” vil variere fra sak til
sak. Forskjellen på de sakene som er gjennomgått ligger i den aktivitet, og de tiltak styret i
selskapene satte i gang i tidsrommet mellom insolvens og oppbud. LB-2008-704 viser at
retten kan akseptere at det går forholdsvis lang tid fra selskapet er insolvent til styret begjæ-
rer oppbud, så lenge styret i mellomtiden foretar seg handlinger som medfører at et objek-
tivt sett er grunnlag for en optimisme om å kunne redde virksomheten fra konkurs. LA-
2007-37537 viser på sin side at i tilfellet der styret ikke har satt i gang egnede tiltak vil ikke
styret innrømmes noen ”rimelig tid” til å redde selskapet fra konkurs.

Det avgjørende for hvor lenge styret kan vente med å begjære oppbud før de risikerer et
erstatningsansvar, er om beslutningen om videre drift er begrunnet i holdepunkter som ob-
jektivt sett gir grunnlag for en optimisme, og et realistisk håp om å kunne redde virksomhe-
ten fra konkurs.¹³⁶ Slike objektive holdepunkter foreligger der styret har satt i gang egnede
tiltak for å bedre den økonomiske situasjonen. Så lenge det foreligger et begrunnet håp om
å redde selskapet fra konkurs vil styrets avgjørelse om å utsette en oppbudsbe-
gjæring ha grunnlag i en aktsom forretningsmessig vurdering, og styret har ingen plikt til å begjære
oppbud.

Dersom beslutningen har grunnlag i en aktsom forretningsmessig vurdering er det ikke rom
for et erstatningsansvar i ettertid, selv om det skulle vise seg at selskapet allikevel ikke
kunne reddes fra konkurs. Vurderingen av hvorvidt det forelå et begrunnet håp må tas med
grunnlag i den kunnskap som forelå på tidspunktet beslutningen om videre drift ble tatt.

¹³⁶ LB-2008-704, LG-2007-21395, Se Aarum (1993) s. 505.

Domstolene har i flere dommer uttalt at de vil være forsiktige med å overprøve styrets beslutning om at selskapet skal drives videre etter insolvens.¹³⁷

I Rt. 1991 s.119 uttalte Høyesterett at:

*”Vel kan man kanskje si at styremedlemmene handlet ut fra en noe høy grad av optimisme. Det må likevel sies å ligge en normal forretningsmessig vurdering til grunn for deres disposisjoner.(...)”*¹³⁸

*”Etter dette kan jeg ikke se det annerledes enn at de to styremedlemmene som saken er reist mot, har vurdert som forsvarlig den disposisjon de var med på. De så nok større muligheter i den nye linjetrafikk enn det reelt var grunnlag for. Slik jeg ser det, sto de åpenbart i den tro at tapsfasen var nær ved å være overvunnet. Etter mitt syn har de to styremedlemmene holdt seg tilbørlig underrettet om såvel markedsutviklingen, som resultatutviklingen. De har for så vidt feilvurdert situasjonen. Men denne feil består, så vidt jeg kan forstå, i en uriktig skjønnsmessig bedømmelse av den risiko slutningen av M/S ARAO medførte. En slik skjønnsmessig feilvurdering kan etter gjeldende teori og rettspraksis ikke utløse erstatningsansvar.”*¹³⁹

Erstatningskravet mot styremedlemmene førte altså ikke frem da Høyesterett mente at styret hadde handlet utfra et håp om at befraktningen ville bidra til å snu den negative utviklingen for selskapet, og håpet var bygget på en forsvarlig vurdering.

¹³⁷ Se LA.2007-37537 hvor det sies uttrykkelig og Rt.1991 s.119, s. 128, hvor retten uttaler at en skjønnsmessig feilvurdering ikke kan utløse erstatningsansvar

¹³⁸ Rt. 1991 s.119, s. 127.

¹³⁹ Rt. 1991 s.119, s. 128.

På den andre siden er det ikke tilstrekkelig at styret selv har en sterk tro på at den økonomiske situasjonen igjen vil kunne bedre seg. Foreligger det kun en optimisme hos styret, uten objektive holdepunkter som kan begrunne en optimisme, har styret en plikt til å begjære oppbud.

4.6 Styrets tiltak som moment i den konkrete rimelig tid vurderingen

4.6.1 Innledning

Det kan tenkes en rekke tiltak styret kan sette i gang som vil gi et håp om å redde virksomheten, og som dermed utsetter styrets plikt til å begjære oppbud. Hva som vil være hensiktsmessig vil bero på det konkrete tilfellet. I det videre vil jeg ta for meg enkelte tiltak styret kan foreta seg som vil kunne å inngå i den konkrete ”rimelig tid” vurderingen. Momentene er hentet fra rettspraksis, både fra Høyesterett og lagmannsretten samt juridisk teori.

4.6.2 Kapitaltilskudd fra eiere

Styret kan ikke kreve at aksjonærene skal gjøre innskudd i selskapet, utover det som følger av tegningsgrunnlaget, jfr. asl. § 1-2 2. ledd. Det kan likevel tenkes at eierne er villige til å tilføre selskapet kapital f.eks. gjennom kapitalforhøyelse, konsernbidrag eller ansvarlige lån. Spørsmålet er i hvilken utstrekning kapitaltilskudd fra eierne kan tillegges vekt ved den konkrete rimelig tid vurderingen.

I LG-2007-21395 ble styret idømt erstatningsansvar for brudd på handleplikten etter asl. § 3-5. Det ble gjort betydelige innskudd i Bømmeløy Hotell drift AS for å forsøke å redde virksomheten fra konkurs. Gulating lagmannsrett kom etter en samlet bevisvurdering til at de innskudd som ble gjort i virksomheten, ble gjort for å dekke regninger det var presserende behov for å dekke. Spørsmålet var hvorvidt det var tilstrekkelig til at det objektivt sett forelå et håp om å unngå konkurs i selskapet. Retten uttalte at:

"Slik forholdene lå an, kunne det ikke være tilstrekkelig å skyte inn midler suksessivt for å dekke regninger som måtte dekkes. Det måtte således vurderes hvilket samlet kapitalbehov selskapet hadde, og tas skritt for å dekke dette behovet inn, gjennom tilførsel av ytterligere egenkapital eller ansvarlige lån.... Poenget må være at innskuddene under enhver omstendighet ikke var tilstrekkelige."

Dommen viser at en kapitaltilførsel i seg selv ikke er tilstrekkelig til å begrunne styrets håp om å redde selskapet fra konkurs. Det kreves i tillegg at tilførselen av kapital er tilstrekkelig til å dekke selskapets samlede behov for kapital. Det er ikke tilstrekkelig at selskapet tilføres kapital forløpende for å dekke regninger som er nødvendig å dekke for å holde driften i gang, da dette ikke objektivt sett vil gi et håp om å redde selskapet fra konkurs. Annerledes kunne det kanskje vært vurdert dersom innskuddene var tilstrekkelige til å dekke selskapets underbalanse i perioden etter at selskapet ble insolvent, da selskapets kreditorer ikke ville lide noe større tap ved at driften holdes i gang.

I LF-2004-987 skulle hovedaksjonæren skyte inn kapital forutsatt at man fikk i stand en samlet finansieringsløsning. Flertallet i Frostating lagmannsrett uttalte at:

"En likviditetstilførsel i samsvar med de budsjetterte forutsetninger ville imidlertid ha dekket likviditetsbehovet. Dersom styreleders finansieringsforslag hadde blitt vedtatt, og deretter gjennomført som forutsatt, ville derfor likviditetsunderskuddet våren 2002 ha vært av forbigående karakter."

I LG-2007-21395 hadde selskapet blitt tilført kapital, mens i LF-2004-987 var det kun planlagt en likviditetstilførsel. Den planlagte likviditetstilførsel ble likevel tillagt vekt da den ville ha dekket selskapets likviditetsbehov, slik at konkurs i selskapet ville vært unngått.

For planlagte, men ikke gjennomførte kapitaltilførsler, viser dommen i LF-2004-987 at det i tillegg til å stilles krav om at kapitaltilførselen må være tilstrekkelig til å dekke selskapets

behov, også må oppstilles et krav om at styrets forutsetning om en kapitaltilførsel er bygget på en realistisk vurdering. I Rt. 1991 s. 119 ble det ved ansvarsvurderingen blant annet lagt vekt på at *”interessentene fremdeles var så innstilt på å opprettholde linjen at ytterligere kapital ville bli stillet til disposisjon dersom dette skulle bli nødvendig.”*¹⁴⁰ Det ble således lagt vekt på at styrets forutsetning om tilførsel av kapital fremsto som realistisk.

For forventede, eller gjennomførte kapitaltilførsler, som alene ikke er tilstrekkelig til å dekke selskapets behov, blir spørsmålet om en eventuell kapitaltilførsel, eller forventning om slik, kan tillegges vekt sammen med andre momenter.

I LB-2008-704 la Borgarting lagmannsrett vekt på at selskapets aksjonær hadde skutt inn NOK 4 500 000,-. Beløpet var ikke tilstrekkelig til å dekke selskapets kapitalbehov. Lagmannsretten tillat likevel kapitaltilførselen vekt ved vurderingen av om oppbud skulle vært begjært tidligere. Selv om kapitaltilførselen ikke var tilstrekkelig medførte den, sammen med de øvrige tiltak styret iverksatte, at styret hadde et begrunnet håp om å redde selskapet fra konkurs. Det var således hensiktsmessig å holde driften i gang i en periode frem til man så hvorvidt man fikk til en fusjon eller et oppkjøp.

Dommene viser at det innskutte beløp enten må være tilstrekkelig stort til at det kan dekke selskapets kapitalbehov, eller at det sammen med andre tiltak begrunner styrets håp om å redde selskapet fra insolvens. At eiere gjør kapitalinnskudd fordi de selv har tro på at selskapet kan reddes er ikke tilstrekkelig. Vurderingen er hvorvidt kapitalinnskuddet på tidspunktet, objektivt sett var egnet til å redde selskapet fra konkurs. Dersom innskudd enten alene, eller sammen med andre tiltak, objektivt sett er egnet til å begrunne styrets håp om å unngå konkurs, er det et moment som taler for at det er innenfor ”rimelig tid” å vente med å begjære oppbud til innskuddet er på plass, eller eventuelt viser seg ikke å gå i orden allikevel.

¹⁴⁰ Rt.1991 s.119, s 127.

4.6.3 Mulig oppkjøp eller fusjon

Dersom styret er i forhandlinger om oppkjøp eller i forhandlinger om en fusjon, vil det kunne være et moment i rimelig tid vurderingen.

I LB-2008-704 ble det lagt stor vekt på at styreleder hadde forhandlet med potensielle investorer med tanke på mulig salg eller fusjon. Styreleder hadde i en periode fra januar og frem til september samme år, forsøkt å forhandle frem henholdsvis avtale om fusjon, og avtale om salg av virksomheten i A. Stenberg & Entreprenør AS. Borgarting lagmannsrett uttalte at

”de forhandlinger Stenberg førte med potensielle investorer fra årsskiftet og helt frem til oppbudsbegjæringen, er et viktig moment som taler mot at Stenberg har opptrådt uaktsomt.”

videre uttalte retten at:

”Lagmannsretten legger etter bevisførselen til grunn at forhandlingene var realistiske, og at motpartene var seriøse aktører som både hadde genuin interesse i Stenberg AS' virksomhet og økonomisk styrke til en eventuell inntreden på eiersiden. Selv om Stenberg nok agerte med en ikke ubetydelig optimisme, må forhandlingene anses å være resultat av adekvate forretningsmessige vurderinger. Forhandlingene ble ført fortløpende, kun med avbrudd i fellesferien om sommeren, og det ble begjært oppbud rett etter at siste forsøk viste seg forgjeves.”

I dommen la lagmannsrett vekt på at motparten i forhandlingene hadde den økonomiske styrken til å tre inn på eiersiden. For at et mulig salg eller en fusjon skal tillegges vekt, må det antageligvis oppstilles et krav om at en fusjon eller et oppkjøp kan løse selskapets kapitalbehov. Dersom dette er tilfellet vil styret objektivt sett vil kunne få et håp om at selskapet kan unngå konkurs.

Videre oppstiller lagmannsretten et krav om at forhandlingene med potensielle investorer må være realistiske. Det er først når det er realistisk å få til en transaksjon at styret vil få et begrunnet håp om å redde selskapet fra konkurs.

Hvor langt forhandlingene er kommet vil blant annet være et moment i vurderingen av hvorvidt det er realistisk å få til en avtale.¹⁴¹ Er det for eksempel inngått en intensjonsavtale synes styrets forventning om at endelig avtale vil bli inngått mer realistisk, enn dersom det kun er innledet løse forhandlinger. Har motparten i tillegg påbegynt en due diligence kan dette ytterligere styrke styrets forventning.

Selv om forhandlingene ikke er kommet langt kan et mulig oppkjøp, eller en mulig fusjon, allikevel tillegges vekt dersom motparten synes villig til å inngå avtale. Hvor villig motparten synes å være til å gjennomføre transaksjonen, vil blant annet bero på hvorvidt motparten er en seriøs aktør, og hvorvidt partene har tett kontakt. Videre vil motpartens økonomiske styrke være av betydning. Hvorvidt motparten har den økonomiske styrken til å kunne gjennomføre transaksjonen vil være et moment i vurderingen av hvorvidt det er sannsynlig at avtale vil bli inngått.

Et annet spørsmål er hvorvidt det må oppstilles en tidsramme for hvor lenge styret kan drive forhandlinger. Forhandlingene bør ikke trekke ut alt for lenge, samtidig som det bør innrømmes en viss tid slik at partene kan bli enige om de nærmere vilkår for avtalen.

4.6.4 Kostnadsbesparende tiltak

Når styret setter i gang tiltak for å minske selskapets kostnader vil det kunne være et moment i den konkrete rimelig tid vurderingen. Kostnadsbesparende tiltak vil kunne bidra til at selskapet får et positivt driftsresultat, og det løpende overskuddet kan benyttes til å be-

¹⁴¹ LB-2008-704

tjene selskapets gjeld. Slike tiltak kan for eksempel være, leie av nye billigere lokaler, eller oppsigelse av ansatte som ikke er driftskritiske for virksomheten.

I LF-2004-987 var styreleder i Devold tekstil AS var klar over svake driftsresultater, men at styret arbeidet utfra en forutsetning om at driftsresultatet ville bli positivt, blant annet etter at man flyttet driften fra Norge til Litauen. En flytting av driften ville innebære mindre kostnader for selskapet, og dermed bedre resultatet. Frostating lagmannsrett kom til at grunnlaget for styrets forutsetning var realistisk, og at styret derfor var gitt en rimelig tid til å vente med oppbud, til man kunne fastslå hvorvidt de kostnadsbesparende tiltakene ville redde selskapet fra konkurs.

I LB-1995-1068 ble styreleder frifunnet som følge av at han hadde hatt et begrunnet håp om at selskapet kunne drives med overskudd. Et av momentene i vurderingen var at styreleder hadde reforhandlet de ansattes lønnsavtaler. Med nye lønnsbetingelsene for de ansatte budsjetterte selskapet med å gå med overskudd, og dette var realistisk.

I LG-2007-21395 la Gulating lagmannsrett ikke vekt på at styret i Bømmeløy Hotell drift AS hadde satt i gang flere tiltak for å få ned kostnadene i virksomheten, da styret ikke hadde foretatt en vurdering av hvilket samlet kapitalbehov selskapet hadde.

Ved vurderingen av om kostnadsbesparende tiltak kan tillegges vekt må det vurderes hvorvidt det er realistisk at tiltaket faktisk vil medføre mindre utgifter for selskapet, og om dette kan løse selskapets økonomiske problemer. I LF-2004-987 ble kostnadsbesparende tiltak tillagt vekt, selv om at de i en periode ville medføre økte kostnader for selskapet. Retten uttalte at *”Flyttingen med de besparelser som den representerte var imidlertid helt avgjørende for lønnsom drift.”* Retten så derfor bort ifra at flytting av driften umiddelbart ville føre til økte kostnader, da det over lengre sikt ville være lønnsomt for selskapet, og sammen med andre tiltak medføre at det forelå et håp om å unngå konkurs.

I dommene nevnt over er kostnadsbesparende tiltak tillagt vekt sammen med andre tiltak som styret har satt i gang. I LG 2007-21395 var det ikke satt i gang andre tiltak, og Gulating lagmannsrett vurderte det slik at det å sette i gang kostnadsbesparende tiltak alene, ikke medføre at styret fikk et begrunnet håp om å redde selskapet fra konkurs.

4.7 Andre momenter i den konkrete rimelig tid vurderingen

4.7.1 Innledning

Ved siden av styrets tiltak for å bedre den økonomiske situasjonen i selskapet kan det foreligge andre momenter som vil være relevante i den konkrete rimelig tid vurderingen, og som kan bidra til å begrunne styrets håp om å redde selskapet fra konkurs. Momentene er hentet fra rettspraksis, både fra Høyesterett og lagmannsretten, samt juridisk teori.

4.7.2 Selskapets tidligere økonomiske stilling

Den økonomiske situasjonen i selskapet før insolvens vil etter rettspraksis være et relevant moment i den konkrete rimelig tid vurderingen.

I LE-2004-16121 var spørsmålet hvorvidt et styremedlem skulle ilegges konkurskarantene. Retten uttalte følgende om hva som ligger i begrepet rimelig tid:

”Begrepet må bl.a. sees i lys av lengden av den tid selskapet faktisk har hatt en vanskelig økonomisk/likvid situasjon forut for konstateringen av at egenkapitalen er tapt. Dersom tapet av egenkapitalen for eksempel er kommet som et resultat av en enkeltstående og nylig inntrådt hendelse eller situasjon, vil det være grunn til å gi selskapets ledelse lengre tid til å stabilisere virksomheten enn der driften har vært negativ over tid. I et tilfelle som det foreliggende, med en kapitalsvak og arbeidsintensiv virksomhet der gjeldsbyrden er betydelig, og der den løpende driften har vært

tapsbringende hele året – fra januar til september – kan ikke ” rimelig tid” være særlig lang tid...”¹⁴²

Eidsivating lagmannsrett kom til at styreleder skulle ilegges konkurskarantene som følge av at det ikke var begjært oppbud i tide. Økonomien i selskapet hadde vært stabilt dårlig over en lang periode, og det var urealistisk av styreleder å tro at julebordsesongen ville bidra til at fordringshaverne kunne tilfredsstilles innen rimelig tid.

At selskapets tidligere økonomiske situasjon kan kaste lys over den fremtidige situasjonen er imidlertid kun et utgangspunkt.

I LF 2004-987 ble det ikke lagt vekt på selskapets tidligere økonomiske stilling, herunder at Devold tekstil AS i lang tid hadde drevet med underskudd. Frostating Lagmannsrett anså det slik at styreleders forutsetning om fortsatt drift i selskapet var realistisk. Det var satt opp et budsjett med utgangspunkt i at selskapet ville bli tilført kapital fra hovedaksjonæren, og det skulle settes i gang kostnadsbesparende tiltak. Med utgangspunkt i det nye realistiske budsjettet så retten bort ifra at selskapet tidligere hadde hatt en svak økonomi.

Retten fant at det forelå konkrete holdepunkter for at økonomien i selskapet ville bedre seg på bakgrunn av de tiltak styret foretok seg for å bedre økonomien. Når det foreligger slike konkrete holdepunkter, vil ikke den tidligere økonomien i selskapet kunne tillegges den samme betydningen ved spørsmålet om hvorvidt det forelå et begrunnet håp om å unngå konkurs i selskapet

Rettspraksis viser at ved vurderingen av selskapets fremtidsutsikter, vil den historiske økonomien i selskapet være et moment. Har selskapets økonomi i lenger tid har vært svak, har det formodning mot seg at økonomien vil bedres når selskapet er insolvent. Dette medfører

¹⁴² LE-2004-16121.

at styrets handlefrihet innsnevres, og det er mindre rom for å sette i gang ytterligere tiltak for å forsøke å redde virksomheten. Har selskapet over lengre tid hatt en solid økonomi, men blitt insolvent som følge av en enkeltstående hendelse, eller nylig inntrådt situasjon, er det et moment som kan tale for at styrets bør gis en rimelig tid til å forsøke å redde selskapet fra konkurs..

4.7.3 Selskapet økonomiske situasjon har stabilisert seg

Har økonomien i selskapet stabilisert seg er det et moment som objektivt sett kan begrunne styrets håp om å unngå konkurs, og inngå i den konkrete rimelig tid vurderingen. Dette gjelder spesielt i de tilfeller hvor selskapet har gått med overskudd i mange år, og det er en enkeltstående ekstraordinær begivenhet som medfører at selskapet har fått økonomiske problemer.

I LB-2008-704 ble det blant annet lagt vekt på at selskapets økonomiske situasjon hadde vært stabil over en periode. Selv om selskapet var insolvent fra årsskiftet 2005/2006 hadde styreleder klart å snu den negative trenden slik at driften gikk i tilnærmet null, og egenkapitalsituasjonen var tilnærmet uendret. Borgarting lagmannsrett uttalte at den stabile situasjonen gjorde at styreleder fikk et større handlingsrom.

En stabilisering av økonomien i selskapet vil kunne være en indikasjon på at den økonomiske situasjonen kan snu til det bedre. I LB-2008-704 hadde styreleder klart å snu den negative trenden i selskapet. Videre vil en stabilisering av økonomien, uavhengig av om den er i ferd med å bedre seg, innebære at en utsettelse av oppbudsbegjæringen ikke medfører noe ytterligere tap for kreditorene. Dette tilsier at styret bør innrømmes tid til å forsøke å unngå konkurs.

4.7.4 Positive konjunkturer i markedet

Dersom konjunkturerne i det markedet selskapet driver virksomhet er i ferd med å bedre seg, kan det være et moment som kan begrunne troen på at selskapet kan reddes fra konkurs, og inngå i den konkrete rimelig tid vurderingen.¹⁴³

I Rt. 1938 s. 129 ble styreleder holdt ansvarlig overfor medkontrahenten som følge av at selskapet på avtaletidspunktet var insolvent. Mindretallet i Høyesterett var imidlertid enig med byretten i at selskapets dårlige økonomiske situasjon skyldtes dårlige konjunkturer i markedet og uttalte:

”Det er riktignok så at A/S D/S Bautas gjeld på kontraktstiden oversteg verdien av dets aktiva med et betydelig beløp, men herav følger ikke at selskapet var ute av stand til å dekke verkstedets regning, og at dette stod klart for disponenten. Dets dårlige stilling skyldtes uheldige konjunkturer for skibsfarten gjennom flere år, men der var såvidt skjønnes tegn til bedring av markedet.”

Dersom selskapets drift går med underskudd vil selskapet i utgangspunktet enten måtte øke inntektene eller redusere kostnadene, eller begge deler. Mulighetene for økte inntekter som følge av konjunkturrendringer kan tenkes å løse selskapets kapitalbehov, og vil derfor kunne være et moment i den konkrete rimelig tid vurderingen. I motsetning til de to foregående momentene i punkt 4.7.2 og punkt 4.7.3, kan det i teorien tenkes at positive konjunkturer i seg selv, uavhengig av styrets tiltak, kan bidra til at selskapets kapitalbehov løses, og man unngår en konkurs. I praksis skal det nok mye til for at positive konjunkturer alene kan dekke selskapets kapitalbehov, men positive konjunkturer vil sammen med de tiltak styret har satt i gang, være et moment i den konkrete rimelig tid vurderingen.

¹⁴³ Se Aarum (1993) s .506.

5 Forholdet til selskapets kreditorer.

5.1 Innledning

Aksjeloven pålegger ikke styret noen plikt til å opplyse kreditorer, som ikke er aksjonærer, om den økonomiske situasjonen i selskapet. Spørsmålet er hvorvidt styret har en plikt til å opplyse selskapets medkontrahenter¹⁴⁴ om at egenkapitalen er på et slikt nivå at styret har fått en skjerpet handleplikt etter asl. § 3-5. Dersom selskapet er insolvent er styret gitt en rimelig tid til å forsøke å redde selskapet fra konkurs.¹⁴⁵ Spørsmålet er hvorvidt styret i perioden mellom insolvens og begjæring av oppbud har en plikt til å opplyse selskapets medkontrahenter om at selskapet er insolvent. Lovgivningen oppstiller ikke noen slik plikt for styret og spørsmålet må løses på ulovfestet grunnlag.

Spørsmålet om opplysningsplikt kommer bare på spissen der medkontrahenten og selskapet har inngått avtale om kredittkjøp.¹⁴⁶ Er det inngått en avtale etter kontantprinsippet vil ikke medkontrahenten lide noe tap, da ytelsene utveksles samtidig. Dersom styret gir opplysninger om den økonomiske situasjonen har medkontrahenter akseptert risikoen ved å inngå avtale med et selskap som har dårlig økonomi, eller er insolvent.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Heretter omtalt som medkontrahenter eller kreditorer.

¹⁴⁵ Se punkt 4.4.2 og 4.5

¹⁴⁶ Tapet vil være et særkrav som medkontrahenten kan fremme uavhengig av boet. Jfr Ro (1993) s. 234.

¹⁴⁷ Se LB-2008-704, der det ved spørsmålet om hvorvidt styreleder hadde opptrådt uaktsomt ved ikke å begjære oppbud, ble lagt vekt på at selskapets bankforbindelser og øvrige kreditorer var holdt informert om den økonomiske situasjonen.

5.2 Opplysningsplikt overfor kreditorer før selskapet er insolvent

I juridisk teori er det lagt til grunn at en plikt til å opplyse om selskapets økonomiske stilling i alle fall ikke gjelder før selskapet er insolvent.¹⁴⁸

Uttalelsene i teorien er fulgt opp i rettspraksis blant annet i LG-2006-116552. Før Gulating lagmannsrett gikk inn på vurderingen av hvorvidt det var uaktsomt av styret, ikke å opplyse medkontrahenten om selskapets økonomiske situasjon uttalte retten at:

”Problemstillingen nærmere bestemt er om det var erstatningsbetingende uaktsomt av ledelsen i Os Pukk å unnlate og opplyse om selskapets vanskelige økonomiske stilling da de aktuelle arbeider fra Lierock ble bestilt og utført i perioden mars/april 2003. Det er alminnelig antatt at et eventuelt ansvar på dette grunnlag for det første krever at selskapet objektivt sett var insolvent ved avtaleinngåelsen”

Det foreligger imidlertid også rettspraksis som kan tyde på at det i visse situasjoner kan foreligge en opplysningsplikt for styret, også før selskapet er insolvent.

I den tidligere nevnte Rt. 1991 s.119¹⁴⁹ krevde rederiet erstattet tap de mente å være påført som følge av at styret i befrakterselskapet Normount, hadde inngått avtale med rederiet på et tidspunkt der økonomien var så dårlig at styret burde ha avverget at selskapet pådro seg ytterligere krav som de ikke kunne dekke. Retten uttalte at det hører med i vurderingen av hvorvidt styremedlemmene har opptrådt uaktsomt, hva kontraktsparten kunne og burde ha

¹⁴⁸ Aarum (1993) s. 537.

¹⁴⁹ Dommen er fra før asl. § 3-4 og § 3-5 ble vedtatt, men bestemmelsene kan ikke sies å innebære en realitetsendring da bestemmelsene ble innført for å skjerpe styrets opplysningsansvar overfor aksjonærene jfr. Løvdal (2003) s. 512 flg.

gardert seg mot. Høyesterett viste til uttalelser av Bernhard Gomard i Aktieselskaber og Anpartsselskaber, København 1986:

*"...Ansvar forudsætter imidlertid, at der er handlet uforsvarligt. Kreditrisiko er en almindeligt kendt og en uundgåelig del af risikoen ved at drive virksomhed. Kreditorerne må selv skaffe sig eller bede medkontrahenten selv eller andre om oplysning om hans kreditværdighed som debitor. ..."*¹⁵⁰

Det avgjørende for når styret får en opplysningsplikt er etter førstvoterende sin mening hvorvidt det har skjedd en "uforsvarlig spekulasjon på kreditors bekostning."¹⁵¹ Retten kom til at det ikke forelå en slik spekulasjon da styrets håp om å snu økonomien i selskapet ikke var urealistisk.

I LA-2012-71200 var spørsmålet hvorvidt styreleder og daglig leder kunne holdes ansvarlig for å ha unnlatt å opplyse medkontrahenten om selskapets økonomiske situasjon. Selskapet var ikke insolvent på tidspunktet for avtaleinngåelsen, men økonomien i selskapet var svært dårlig. Agder lagmannsrett utalte at:

"Det påløp fortsatt store utgifter i Skogselskapet, og likviditeten var svært anstrengt. Det forelå derfor en klar risiko for fremtidig tap for Sundt ved at penger for tømmer ble betalt inn til et selskap, som på dette tidspunkt mest sannsynlig var illikvid."

Det forelå en klar risiko for at selskapet ikke ville kunne oppfylle sine forpliktelser etter avtalen, og medkontrahenten skulle vært opplyst om selskapets økonomiske situasjon.

¹⁵⁰ Rt.1991 s.119, s. 125

¹⁵¹ Rt.1991 s.119, s. 127.

Lagmannsretten kom til at styreleder og daglig leder måtte holdes ansvarlig for medkontra-
hentens tap.

Dersom selskapet ikke er insolvent vil selskapet ha tilstrekkelige midler til å innfri sine
forpliktelser, og dette taler for at det ikke kan oppstilles noen opplysningsplikt før selskapet
er insolvent. Videre har medkontrahtenten tatt en bevisst risiko ved å yte selskapet kreditt,
og en risiko for at selskapet ikke betaler må sies å være utslag av en alminnelig risiko i for-
retningslivet. Opplysninger til medkontrahtenten om den økonomiske situasjonen kan med-
føre at medkontrahtenten ikke ønsker å inngå avtalen, og dermed vanskeliggjøre styrets ar-
beid med å snu situasjonen. Konklusjonen må etter min mening være at styret i utgangs-
punktet ikke har en plikt til å opplyse medkontrahtenter om at egenkapitalen er på et slikt
nivå at styret har fått en skjerpet handleplikt etter asl. § 3-5, før selskapet er insolvent

En opplysningsplikten for styret, før selskapet er insolvent, må begrenses til de tilfeller der
inngåelse av avtale uten at medkontrahtenten er opplyst, vil innebære en uforsvarlig speku-
lasjon på kreditors bekostning.¹⁵²

Der styret ser at det foreligger en klar risiko¹⁵³ for at selskapet ikke vil kunne oppfylle
overfor kreditor, men allikevel inngår avtalen uten å opplyse medkontrahtenten om selska-
pets økonomiske situasjon, vil det kunne innebære en uforsvarlig spekulasjon på kreditors
bekostning. I disse tilfellene vil inngåelse av en avtale om kreditt innebære en større risiko
for medkontrahtenten enn det som kan sies å være alminnelig i forretningslivet. Styret risi-
kerer å måtte erstatte det tap kreditor har lidt som følge av at kreditor ikke ble opplyst om
selskapets økonomiske situasjon.

¹⁵² Rt. 1991 s. 119, se også Løvdal (2003) s. 515.

¹⁵³ LA-2012-71200

5.3 Opplysningsplikt overfor kreditorer når selskapet er insolvent

Som nevnt under punkt 5.2 er utgangspunktet at det ikke inntreer noen opplysningsplikt for styret, før selskapet er insolvent. Spørsmålet i det videre er hvorvidt en plikt til å opplyse selskapets medkontrahenter oppstår i det selskapet er insolvent, med andre ord hvorvidt insolvens er et tilstrekkelig vilkår for å oppstille en opplysningsplikt for styret.

Rt. 1938 s. 129 taler for at insolvens er et tilstrekkelig vilkår. I dommen holdt flertallet i Høyesterett disponenten ansvarlig for at selskapet hadde inngått avtale om reparasjon av et skip, uten å opplyse verkstedet om at selskapet var insolvent. Flertallet la i motsetning til mindretallet ingen vekt på at den dårlige økonomien skyldes dårlige konjunkturer i skipsfarten, som nå var på vei opp, og at det derfor var et håp om at selskapet ville kunne unngå oppbud.

Rt. 1975 s. 198 er ikke like klar på at insolvens hos selskapet er tilstrekkelig til at styret får en opplysningsplikt. Spørsmålet var hvorvidt styret skulle idømmes erstatningsansvar for å ha inngått avtale om levering av varer på kreditt, uten å opplyse medkontrahenten om at selskapet var insolvent.

Etter å ha konstatert at selskapet objektivt sett var insolvent på tidspunktet for avtaleinngåelsen, gikk Høyesterett inn på spørsmålet om styret kjente til selskapets insolvens. Vurderingen er i realiteten en vurdering av de subjektive momentene for å ilegge erstatning, nemlig et spørsmål hvorvidt det forelå tilstrekkelig skyld hos de enkelte styremedlemmer. I vurderingen trakk imidlertid Høyesterett også inn objektive momenter. Det ble blant annet drøftet hvorvidt en pantstillelse overfor banken kunne medføre at selskapets kassekreditt ble opprettholdt, en vurdering som ikke ville vært nødvendig dersom retten så det slik at styrets opplysningsplikt inntrådte ved insolvens. Når Høyesterett senere i dommen konkluderte med at styremedlemmene hadde kjennskap til den økonomiske situasjonen, formulerte de seg slik:

”Etter dette legger jeg til grunn at brødrene Johansen da kabelpartiet ble bestilt 23. januar 1968, satt inne med de opplysninger som førte til at de kort tid etter begjærte akkordforhandling for A. G. Johansen A/S. De burde ha vært klar over at det ikke var noe begrunnet håp om å unngå akkord eller konkurs, og de burde således ha forstått at selskapet ikke ville kunne betale kjøpesummen for varepartiet ved forfall.”¹⁵⁴

Formuleringen og de objektive momentene som er trukket inn i Høyesteretts vurdering, trekker i retning av at det ikke er tilstrekkelig at styremedlemmene har kjennskap til selskapets insolvens, for å statuere en opplysningsplikt..¹⁵⁵

Synspunktet om at insolvens ikke er et tilstrekkelig vilkår for å statuere en opplysningsplikt for styret, er fulgt opp i rettspraksis.¹⁵⁶

I LG-2006-116552 var spørsmålet hvorvidt styremedlemmene i OS Pukk AS kunne holdes ansvarlig for ikke å ha opplyst medkontrahenten om selskapets økonomiske situasjon, før medkontrahenten utførte arbeider for selskapet. Gulating lagmannsrett uttalte i saken at et første vilkår for å ilegge erstatningsansvar er at selskapet var insolvent på avtaletidspunktet, videre uttalte retten at:

”... i tillegg tyder rettspraksis på at det blant annet kan være aktuelt å ta i betraktning om de hadde et begrunnet håp om å redde selskapet, og om de burde ha forstått at selskapet ikke ville kunne betale den aktuelle kreditor ved forfall.”

¹⁵⁴ Rt. 1975 s. 198, s. 204.

¹⁵⁵ Se Aarum(1993) s. 539 flg.

¹⁵⁶ Rt.1991 s.119, LG-1993-1135

Lagmannsretten kom etter en bevisvurdering til at Os Pukk AS var insolvent på tidspunktet for avtaleinngåelsen. Videre kom retten, under tvil, til at styremedlemmene skulle ha opplyst medkontrahenten. Lagmannsretten uttalte at:

”Tvilen er knyttet til det forhold at ledelsen i Os Pukk lenge hadde et begrunnet håp om å kunne redde selskapet ved hjelp av banken, og at selskapet under denne forutsetning ville kunne betale sine regninger ved forfall utover våren 2003.”

Da retten likevel kom til at styremedlemmene skulle ha opplyst medkontrahenten var det blant annet begrunnet i at ledelsen burde ha forstått at det var en stor fare for at selskapet ikke ville komme til å oppfylle avtalen, som følge av at det var en stor fare for konkurs.

Rettspraksis tyder således på at insolvens ikke er et tilstrekkelig vilkår for å statuere en opplysningsplikt for styret. Så lenge styret har et objektivt begrunnet håp om å kunne redde selskapet fra konkurs har styret ingen plikt til å opplyse medkontrahenten om at selskapet er insolvent. I juridisk teori er det også lagt til grunn at styret kan inngå avtaler på vegne av selskapet uten å måtte opplyse kreditorene om selskapets økonomiske situasjon.¹⁵⁷

Dersom styret skulle ha en plikt til å opplyse medkontrahenten i det selskapet er insolvent, vil det innebære at medkontrahenten har mulighet til å ta stilling til hvorvidt de ønsker å fortsette kontraktsforholdet med selskapet, med den risikoen det innebærer å inngå avtaler med et insolvent selskap. En slik opplysningsplikt ville innebære en fordel for medkontrahenten.

¹⁵⁷ Andenæs (2006) s. 661, Aarum (1993) s. 537 flg. Ro (1994) s. 239-240. Det er imidlertid noe uenighet om hvorvidt styret kan vente like lenge med å opplyse kreditorene, som de kan vente med å begjære oppbud.

På den andre siden taler hensynet til sammenheng i regelverket for at insolvens i selskapet ikke er et tilstrekkelig vilkår til å statuere en opplysningsplikt overfor selskapets medkontrahent. Så lenge styret har et objektivt begrunnet håp om at de kan bedre økonomien, kan styret utsette å begjære oppbud. Dersom styret måtte opplyse selskapets medkontrahenter straks selskapet var insolvent, ville det være vanskelig å lykkes med å bedre selskapets økonomiske situasjon.¹⁵⁸ Videre har kreditor tatt en bevisst risiko ved å inngå avtale på kreditt. Det er først når det ikke lenger foreligger et begrunnet håp om å redde selskapet, at en inngåelse av avtale uten at medkontrahenten er opplyst, vil innebære en større risiko enn det som følger av det alminnelige forretningsliv.

Etter dette er konklusjonen at det ikke inntreffer noen plikt for styret til å opplyse medkontrahenten om at selskapet er insolvent, men at styret kan vente med å opplyse medkontrahenten så lenge styret har et begrunnet håp om å unngå konkurs i selskapet.

6 Avsluttende merknader

Styrets har etter asl. § 6-12 et ansvar for å forestå forvaltningen av selskapet. De tiltak som styret må foreta seg når økonomien i selskapet svekkes er en presisering av styrets alminnelige forvaltningsansvar.

Styret har en plikt til å sørge for at selskapet til enhver tid har en forsvarlig egenkapital, dette er presisert i asl. § 3-4. Plikten til å opprettholde en forsvarlig egenkapital begrenser styrets handlefrihet. Styret kan for eksempel ikke beslutte en utvidelse av virksomheten uten samtidig å sørge for at egenkapitalen er forsvarlig, også etter utvidelsen.

Dersom egenkapitalen i selskapet ikke lenger er forsvarlig, eller er under halvparten av aksjekapitalen, vil styrets forvaltningsplikter skjerpes. Asl. § 3-5 presiserer at styret har en

¹⁵⁸ Aarum (1993) s. 542.

plikt til enten å sette i gang tiltak, eller å foreslå tiltak for generalforsamlingen. De tiltak som setes i gang må være egnet til å få egenkapitalen opp på et forsvarlig nivå. Som hovedregel vil styret ikke ha noen plikt til å opplyse selskapets medkontrahenter om den økonomiske situasjonen.

Er selskapet insolvent vil styrets forvaltningsplikter skjerpes ytterligere, og innebære en plikt til å begjære oppbud. Styret er imidlertid innrømmet en rimelig tid til å forsøke å redde selskapet fra konkurs, dersom beslutningen om å utsette oppbudsbegjæring har grunnlag i en forretningsmessig forsvarlig vurdering. Hvor lang tid som er rimelig tid vil bero på hvilke tiltak styret har satt i gang for å bedre økonomien i selskapet, og hvorvidt disse tiltakene, eventuelt sammen med andre momenter, objektivt sett er egnet til å redde selskapet fra en konkurs. Så lenge det foreligger grunnlag for en objektiv optimisme, viser rettspraksis at styret kan innrømmes en forholdsvis lang tid til å forsøke å redde selskapet. Så lenge det foreligger grunnlag for en slik optimisme, vil styret som hovedregel heller ikke ha noen plikt til å opplyse medkontrahenten om at selskapet er insolvent.

Oppgaven viser at styret har en omfattende rolle når selskapets økonomi svekkes. Hvilke tiltak styret velger å iverksette vil kunne ha avgjørende betydning for virksomhetens eksistens og kreditorenes dekningsmuligheter. Styret er tillagt et betydelig ansvar, og det enkelte styremedlem bør derfor ikke ta for lett på sine plikter.

Av hensyn til forretningslivet er det etter min mening nødvendig å gi styret et visst handlingsrom. En styrebeslutning som medfører en risiko vil på den andre siden kunne gi en økonomis gevinst, og dermed være i selskapet interesse. Dersom styret risikerer ansvar hvis beslutningen i ettertid viser seg å være gal, vil det kunne medføre at styremedlemmer vil avstå fra beslutninger som vil kunne være fordelaktige for selskapet, i frykt for å komme i ansvar. Så lenge den forretningsmessige vurderingen er forsvarlig har styret utført sine plikter, selv om det i ettertid skulle vise seg at beslutningen var gal.

7 Litteraturliste

Andenæs, Mads Henry. "Rettskildelære." 1. Utgave, Oslo 1997.

Andenæs, Mads Henry. "Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper." 2.utgave, Oslo 2006.

Andenæs, Mads Henry. "Konkurs". 3.utgave, Oslo 2009.

Bråthen, Tore. "Forsvarlig egenkapital." 1: MAGMA. Econas tidsskrift for økonomi og ledelse. Årg. 5, 2001 s 10-14.

Bråthen, Tore. "Styrets handleplikt ved tap av egenkapital." I: Magma årgang 4 (2001), nr. 6 s. 9-13

Bråthen, Tore. "Selskapsrett". 2.utgave, Oslo 2006

Bråthen, Tore. Kommentarer til aksjeloven. Rettsdata, online.

Braaten, Kristine, Veiteberg. "Er aksjeloven § 3-4 og aksjeloven § 8-1 (4) to sider av samme sak? I: Nordisk tidsskrift for selskapsrett. Nr. 4 (2011)

Gisle Jon, Andenæs Kristian, Bernt jan Fridtjof, Falkanger Thor, Gjønnnes Arnhild Dorid, Matningsdal Magnus og Aarbakke Magnus. "Jusleksikon". 2. utgave, Drammen 2002.

Granden Gro, Solstad Børre. "Styrearbeid – en håndbok for ansatte." 2.utgave, Otta 1998.

Kinserdal, Arne. "Grunnleggende finansregnskapsforståelse." 5.utgave, Bergen 2008

Konkursrådet. "Behandling av straffbare forhold i forbindelse med konkurs." 14.05.2012.
<http://tyder.på.konkursradet.no/Straffbare-forhold/Behandling-av-straffbare-forhold-begått-i-forbindelse-med-konkurs-741/>

Konkursrådet. "Styremedlemmers erstatningsansvar overfor selskapets konkursbo for brudd på oppbudsplikten og handleplikten." 14.12.2010.
http://tyder.på.konkursradet.no/Styremedlem/Styremedlemmers-erstatningsansvar-overfor-selskapets-konkursbo-for-brudd-på-oppbudsplikten-og-handleplikten-798/#_Toc102161377

Løvdal, Elin Mack. "Aksjeloven og allmennaksjeloven" § 3-4 og § 3-5. 1: Tidsskrift for forretningsjus. Nr.4 (2003) s 473-570

Matre, Hugo. Kommentar til aksjeloven. Rettsdata, online

Perland, Olav Fr. ”Styreansvar etter de nye aksjelovene.” I: Tidsskrift for forretningsjus. 1999, s. 125-159

Ringen, Gunnar Holm og Thorsen, Bård. ”Forbrytelser i gjeldsforhold – straffelovens kap. 27.” I: Tidsskrift for strafferett. 2006-3.

Ro, Knut. ”Konkursboet eller enkeltkreditorers erstatningskrav” I: Lov og rett. 1994

Schwencke, Hans, Robert. Kommentar til regnskapsloven. Rettsdata, online.

Wiker, Håvard. Kommentarer til konkursloven. Rettsdata, online.

Aarbakke Magnus , Aarbakke Asle, Knudsen Gudmund, Ofstad Tone og Skåre Jan. ”Aksjeloven og allmenaksjeloven kommentarutgave”. I: Norsk lovkommentar nettversjon

Aarum, Kristin Normann. ”Styremedlemmers erstatningsansvar i aksjeselskaper”. Oslo 1994

8 Lov og forarbeid register

Lov av 22.mai 1902 nr.10 Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven).

Lov av 13.juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven).

Lov av 4.juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper (aksjeloven 1976).

Lov av 26.mars 1999 nr.14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven).

Lov av 8.juni 1984 nr. 58 Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven).

Lov av 08.juni 1984 nr. 59 Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).

NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs.

NOU 1993:3 Ny aksjelovgivning.

NOU 1992:29 Lov om aksjeselskaper.

Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven).

Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) Om lov om endringer i aksjelovgivningen mv.

Ot.prp. nr. 37 (2003-2004) Om lov om endringer i straffeloven mv. (forbrytelser i gjeldsforhold).

Ot.prp. nr. 19 (1974-1975) Om lov om aksjeselskaper.

Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven).

9 Domsregister

Rt. 1938 s.129.

Rt. 1975 s.198.

Rt. 1991 s.119.

LB-1995-2068.

LB-1995-1068.

LA-1995-751.

Rt. 1996 s 672.

LE-1998-556.

Rt.2001 s.851.

LF-2004-987.

LE-2004-16121.

LG-2006-116552.

LG-2007-21395.

LG-2007-119889.

LA-2007-37537.

LB-2008-704.

LA-2012-71200